تقدير التعويض بين الخطأ والضرر

دكتور

محمد ابراهيم دسوقي

المحامي



مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع

٤٠ ش د. مصطفى مشرفة - الاسكندرية ت: ٤٨٣٥٢٢٤

تقدير التعويض
بين
الخطأ والضرر

دكتور
محمد ابراهيم دسوقي
المحامي

مقدمة

١ ـ يذهب الفقه التقليدى الى أنه بوضع التقنين المدنى الفرنسى عام ١٨٠٤ تم ارساء قواعد المسئولية المدنية بصفة نهائية . فالمسئولية المدنية أصبحت مستقلة تماما تجاه المسئولية الجنائية ومتميزة عنها بأهدافها وأحكامها . والمسئولية المدنية لاتقوم الا على الخطأ ، وأى خطأ مهما كان يسيرا يكفى لقيام المسئولية ، وحيث لا خطأ فلامسئولية ، كما أن هدف المسئولية المدنية ليس عقاب المخطىء بل مجرد جبر الضرر الناتج عن الخطأ .

هذه المبادىء تنعكس على التعويض كجزاء للمسئولية المدنية . ففى نظر هذا الفقه ليس التعويض عقوبة ولكنه جبر للضرر . ويترتب على ذلك أن دور الخطأ فى المسئولية المدنية يقتصر على مجرد تحديد شخص المسئول . فاذا ما قام الخطأ بهذه المهمة فقد انتهى دوره ليبدأ بعد ذلك تقدير التعويض ، وهذا التعويض يجد مداه الوحيد ومقياسه فى مدى الضرر ولا علاقة له بمدى جسامة الخطأ . ولأن الهدف الأساسى والجوهرى للتعويض هو جبر الضرر فان التعويض يجب أن يكون كاملا ـ أيا ماكانت درجة جسامة الخطأ ـ فيجبر كل الخسارة التى لحقت بالمضرور . فالتعويض يشمل الضرر المادى والأدبى والكسب الفائت والخسارة الواقعة ولا يتأثر بثروة المضرور أو المسئول ، ولذلك فان تقدير التعويض يكون ذاتيا بالنسبة للمضرور ليرفع عنه آثار الفعل الضار بالغة مابلغت .

هذا التجرد من مدى جسامة الخطأ فى تقدير التعويض يعرف بالاتجاه الموضوعى تعبيرا عن أن التعويض واحد بالنسبة لجميع المسئولين ، وهو التعويض الكامل الذى لايختلف باختلاف درجة جسامة الخطأ . فالموضوعية فى هذا الصدد تعبر عن تقدير التعويض منظورا اليه من جهة المسئول

لا من جهة المضرور الذى يكون التقدير بالنسبة له ذاتيا . لذلك فالمسئولية فى هذا الاتجاه تقتصر وظيفتها على جبر الضرر .

على أن هـذا الاتجاه الموضوعى فى تقدير التعويض يقابله اتجاه آخر يتجاوز فيه الخطأ دوره فى اسناد المسئولية ليصبح أيضا مقياسا للتعويض ، فمدى التعويض يختلف وفقا لهذا الاتجاه الاخير حسب مدى جسامة الخطأ . فالتعويض فى حالة الغش والخطأ الجسيم يختلف مقداره عنه فى حالة الخطأ اليسير . وهذا التعويض الذى يتأثر بجسامة الخطأ قـد يتجاوز التعويض اللازم لجبر الضرر فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم وقد ينزل عن التعويض الكامل فى حالة الخطأ اليسير . هذا الاتجاه الشخصى فى تقدير التعويض يعبر عنه الفقه عادة بفكرة العقوبة الخاصة . فالمسئولية فى هـذا الاتجاه تقوم بوظيفة أخرى مخالفة هى ردع المسئول .

٢ — ومن المسلم به أن الاتجاه الشخصى كان أسبق الى الظهور فى تاريخ القانون ، فلم تكن الشرائع الاولى تعرف التفرقة بين المسئولية المدنيـة والمسئولية الجنائية . فقد كان الجزاء المقرر للفعل الضار يهدف الى تحقيق معنى العقوبة قبل أن يهدف الى جبر الضرر . وهو ما كان يتحقق عن طريق العقوبة الخاصة أو الغرامة المالية أو الدية ، والتى كانت تتمثل فى مبلغ من المال ، يتجاوز بكثير مدى الضرر ، بضعف أو بعدة أضعاف ، ويتحدد مقدارها قانونا لكل جريمـة على حدة وتمنح للمضرور ارضاء له بهدف منعه من الانتقام أو القصاص .

هذه العقوبة الخاصة كانت تمثل أقصى التطرف الذى يمكن أن يصل اليه الاتجاه الشخصى ، ليس فقط لأنها كانت تتضمن عنصر مدى جسامة الفعل الضار الى جانب عنصر الضرر ، بل أيضا لأن عنصر الضرر كان يؤخذ

فى الاعتبار أساسا بقصد تهدئة ثورة المضرور ومنعه من الانتقام من الجانى. لذلك فمقدار العقوبة الخاصة كان يستند الى مدى جسامة الخطأ من ناحية ومدى ما يثيره الفعل المادى الضار ، ولو لم يكن خطأ ، من حقد وتحفز لدى المضرور تجاه محدث الضرر من ناحية أخرى . فالتطرف فى العقوبة الخاصة كان يرجع الى الرغبة فى ردع محدث الضرر والى الرغبة فى اشفاء غليل المجنى عليه .

وقد ساد نظام العقوبات الخاصة فى الشرائع البدائية ، وتحددت ملامحه النظرية فى القانون الرومانى ، واستمر العمل بهذا النظام فى القوانين الجرمانية والقانون الفرنسى القديم. وقد نسبها الفقه أيضا الى النظرية المتميزة التى اتبعتها الشريعة الاسلامية فى نظام الدية .

أما الاتجاه الموضوعى فى تقدير التعويض ، فقد ظهرت بوادره الاولى من الناحية النظرية فى القانون الرومانى فى صورة الدعوى الاستردادية، وفى القانون الفرنسى القديم ، وعرفته الشريعة الاسلامية فى فكرة الضمان . ولكن هذا الاتجاه الموضوعى لم يأخذ صفة المبدأ السائد والمسلم به فى نظر الفقه الا بوضع التقنين المدنى الفرنسى بالصورة التى أوضحناها .

وقد توقع الفقه التقليدى أن الاتجاه الشخصى فى تقدير التعويض سيتلاشى نهائيا من أفق الفقه ومن تطبيقات القضاء ومن نصوص التشريع ، وذلك أمام هذا الاستقرار النهائى الذى تصوره هذا الفقه لقواعد المسئولية المدنية وأفكار التعويض التى تعتنق الاتجاه الموضوعى .

٣ - غير أن تطور المسئولية المدنية على مدى قرن ونصف من الزمان سار فى اتجاه عكسى للتصور التقليدى ، على نحو يكشف عن أن الصراع بين الاتجاهين الموضوعى والشخصى للسيطرة على نظرية التعويض لم ينته

بعد لصالح أحدهما ، وأن ماتصوره الفقــه على أنه حسم للصراع بوضع التقنين المدنى الفرنسى ، لم يكن ســوى فترة هدوء عارضة تجدد بعدها الجدل حول مدى تعبير كل من الاتجاهين عن الوظيفة الحاليــة للمسئولية المدنية ومدى جــدارة احدهما أو كليهما بالدفاع عنــه وتأكيد أركانه فى العصر الحديث .

فمنــذ نهاية القرن الماضى بدأت الافكار تتجه من جــديد الى فكرة العقوبة الخاصة كوسيلة لاحياء الوظيفة العقابية للتعويض.وقد بدأ هــذا التحرك الفقهى على يد الفقيه الالمانى ايهرنج (Ihering) الذى نادى بالأخذ فى الاعتبار بمــدى جسامة الخطأ عند تقدير التعويض ــ بجانب مقدار الضرر ــ والى اعادة التفكير فى العقوبة الخاصــة ، وذلك للحد من تطرف القضاء الالمانى فى الأخذ بالموضوعية المطلقة فى تقدير التعويض .

وقد تلقف الفقه فى فرنسا أفكار ايهرنج فى هذا الصدد منذ بداية القرن الحالى ، فقام اتجاه فقهى على يد الفقيه ايجنى (Hugueney) يؤكد انبعاث الوظيفة العقابية فى صورة العقوبة الخاصة الرومانية فى القانون المدنى المعاصر كحقيقة قائمة تكمن وراء العــديد من مختلف صور الجزاء المدنى ، وعلى الأخص فى اطار المسئولية المدنية حيث العقوبة الخاصة هى جزاء للفعل الضار ينزل بالتعويض عن التعويض الكامل أو يتجاوزه حسب مدى جسامة الخطأ .

وقد تلت محاولة ايجنى محاولات أخرى فى الفقه الفرنسى تهدف هى الاخرى الى احياء الوظيفة العقابية عن طريق فكرة العقوبة الخاصة ، وخاصة من أنصار المسئولية الموضوعيــة التى تدعو الى قيام المسئولية على تحقق الضرر وعلاقة السببية دون اشتراط الخطأ . فقد نادى ستارك (Starck) بتقسيم جزاء المسئولية المدنية بين التعويض الذى يقوم على فكرة الضمان

بين العقوبة الخاصة التي تستند الى الخطأ • كذلك فقد دعى فقه المسئولية لجماعية ، وعلى رأسه الفقيه سافاتييه (Savatier) الى التميز بين مسئولية جماعية لاتقوم على الخطأ ، يكون الملتزم فيها بالتعويض ذمة أخرى عامة أو جماعية أو اعتبارية غير ذمة محدث الضرر ، تتحمل بهذا التعويض بحكم القانون أو العقد ، وبين مسئولية فردية تقع على عاتق الفرد محدث الضرر الذي ارتكب خطأ متميزا في جسامته ، دون أن يفلح في القائها على الذمة الاخرى التي حددها القانون أو الاتفاق،بحيث يتحمل في ذمته الخاصة بنتائج خطئه المتميز ، على سبيل العقوبة الخاصة •

وفيما وراء هذه المحاولات الفقهية المتكررة لقيت الوظيفة العقابية عدة تطبيقات قانونية هامة أقرها المشرع واضطرد عليها القضاء أمام جمود المبدأ المستقر من وجوب تقدير التعويض وفقا لمقدار الضرر دون نظر الى أى عنصر آخر •

ومع ذلك فان فكرة العقوبة الخاصة لقيت عداء واستنكارا من جانب كبير من الفقه ، اذ رأى في هذه الفكرة ارتدادا بالقانون الى الأفكار البربرية البدائية وخلطا بين القانون المدني والقانون الجنائي ، مما يناقض التطور القانوني العام•وقد أدى ذلك بالفقه الى النظر الى الوظيفة العقابية على أنها وظيفة غير شرعية في القانون المدني الحديث ، ومن ثم رأى في تطبيقاتها التشريعية والقضائية المختلفة مجرد استثناءات تستعصى على التأصيل أو التبرير •

٤ — والواقع أن عداء الفقه للوظيفة العقابية في نطاق القانون المدني انما يرجع الى ارتباطها بالشكل التاريخي للعقوبة الخاصة في ظل القانون الروماني بما تحمله من بدائية وخلط بين القانون المدني والقانون الجنائي• فالفقه في محاولته لاحياء الوظيفة العقابية — أوفي محاولته تأكيد وجودها

وراء بعض تطبيقات التعويض — عبر عن هذه المحاولة باحياء فكرة العقوبة الخاصة . ولم تكن هذه الصياغة لدى جانب من هذا الفقه مجرد مصادفة، وانما كانت صياغة مقصودة ترمى الى نقل الفكرة العتيقة للعقوبة الخاصة بعناصرها البدائية الى العصر الحديث ، مما شـوه وجه الوظيفة العقابيـة وما يمكن أن تؤديه — بجانب وظيفة جبر الضرر — من دور فى تفسير أحكام المسئولية المدنية والتعويض ، بعد اعادة صياغتها صياغة جـديدة تستجيب لأصول القانون المدنى الحديث .

وثمة سـببا آخر أدى الى التمكين من النيل من الوظيفة العقابيـه فى القانون المدنى هو افتقادها الصياغة الفنية السليمة التى تبين كيفية أعمالها فى ظل المبدأ الصلب للتعويض القائم على الاتجاه الموضوعى فى التقـدير. فما زال قائما ذلك السؤال الذى يطرحه فقه الاتجاه الموضوعى من أن جبر الضر لايكون الا بالتعويض الكامل ، بينما التأثر بمدى جسامة الخطأ من شأنه النزول بالتعويض عن مدى الضرر فى حالة الخطأ اليسير والتجاوز به فى حالة الغش والخطأ الجسيم ، فكيف يعمل جبر الضرر وردع الغش معا وهما بهذا التنافر لا يتفقان ؟ وما هـو المبرر المشروع لحرمان المضرور من جزء من التعويض فى حالة الخطأ اليسير واثرائه فى حالة الخطأ العمدأو الجسيم؟

وحقيقة الأمر أن المبادىء التى تسود نظرية المسئولية المدنية تطورت تطورا كبيرا منذ صياغة قانون نابليون فى مطلع القرن الماضى.وهذا التطور الذى لحق بالمبادىء التى أملت قواعد التعويض من شأنه أن يؤثر على هذه القواعد ذاتهـا .

فثمة اتجاه مؤكد فى العصر الحديث نحو التوسع فى المسئولية لتشمل أكبر قدر ممكن من الأضرار.هذا التوسع اتخذ سبلا شتى ، كالمسئولية غير الخطئية ، أو التوسع فى مضمون فكرة الخطأ أو ابتداع أنواع جديدة من

الخطأ ، أو التضييق من أسباب الاعفاء من المسئولية ، أو تأسيس المسئولية على فكرة اجتماعية بدلا من الاساس الاخلاقى التقليدى .

ونتيجة لهذا التوسع فى المسئولية كان لابد من قيام اتجاه آخر هام نحو الفصل بين فكرة جبر الضرر وفكرة التعويض الكامل. فهذا المبدأ من لذلك. فالاعتدال فى التعويض ليس فحسب ضريبة التوسع فى المسئولية ، بل هو أيضا نتيجة منطقية لابتعاد أساس المسئولية عن الذنب الاخلاقى . ولذلك نجد اتجاها هاما من التشريع والقضاء نحو اعتبار التعويض المعتدل كافيا لجبر الضرر ازاء خلو أساس المسئولية من الاعتداء على قواعد الاخلاق . وهذا التعويض المعتدل يفرضه المشرع بالنص الصريح أحيانا أو عن طريق تحديد المسئولية بحد أقصى أحيانا ، أو باستبعاد أضرار معينة من التعويض أحيانا أخرى . كذلك فالتعويض المعتدل كثيرا ما يستمد من اتفاق الطرفين، دون أن تفلح فكرة الجبر الكامل للضرر فى نقض مثل هذا الاتفاق. وأخيرا فان القضاء نفسه كثيرا ما يصل الى عدالة التعويض عن طريق حريته المطلقة فى التقـدير .

على أن الاتجاه نحو التوسع فى المسئـولية والاعتدال فى التعويض ، واللذان يمثلان النظرة الحديثة للمسئولية تجاه المضرور ، يقابلهما اتجاهان آخران يعبران عن اتجاه القانون الحديث نحو الاهتمام بمركز المسئـول ودوره فى قيام المسئولية .

فهنالك اتجاه ملحوظ نحو التأثر بمدى جسامه الخطأ فى تقدير التعويض، بحيث يتجاوز التعويض فى حالة الغش والخطأ الجسيم ذلك التعويض المعتدل. فالمشرع فى كل مرة يضع فيهـا وسيلة للتخفيف من عبء التعويض ، يعطل اعمال هذه الوسيلة فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم ليصل بالتعويض الى مرتبة التعويض الكامل. وهذا الاتجاه من المشرع يدعمــه اتجاه آخر من القضاء نحو التأثر بمدى جسامة الخطأ عند تقدير التعويض أو عند توزيعه

بين المسئولين أو بين المسئول والمضرور ، وهذا الاتجاه الاخير يمثل حقيقة مؤكدة لم يتنازل عنها القضاء يوما ، وان كانت سطوة الاتجاه الموضوعى ووظيفة جبر الضرر قد ألجأته الى عدم التصريح بها فى كثير من الاحيان .

كذلك فهناك اتجاه ثان فى نظرية التعويض يتجه اليه المشرع وينادى به الفقه . هذا الاتجاه الأخير يتمثل فى أنه ازاء الحالات التى تلتزم فيها بالتعويض ذمة أخرى غير ذمة محدث الضرر طبقا للقانون أو العقد ، يجب اطلاق حق الرجوع للذمة الاخرى على محدث الضرر بشخصه متى كان خطؤه عمدا أو جسيما وتقييد هذا الحق فى حالة الخطأ اليسير .

٥ ـ هذه الخصائص الجديدة التى اكتسبها نظام التعويض فى العصر الحديث نتجت عن تغير وضع المسئولية المدنية من المسئولية الاخلاقية . فازاء بساطة الحياة عند بداية ارساء قواعد المسئولية المدنية فى مطلع القرن الماضى كان الخطأ اليسير مما يمكن ويجب تلافيه بسهولة ، ولذلك فان هذا الخطأ كان يمثل اعتداء على قواعد الاخلاق وبالتالى يجب تعويض نتائجه بالغة ما بلغت . لكن التطور الكبير للمدنية وللصناعة ووسائل النقل أدى الى القول بأن الاعتداء على قواعد الاخلاق لا يثور الا فى حالة الغش والخطأ الجسيم دون الخطأ اليسير أو المسئولية المفترضة أو المسئولية غير الخطئية . هذا النظر الجديد يرجع الى أن التوسع فى المسئولية عن طريق التوسع فى فكرة الخطأ أو الخطأ المفترض أو المسئولية الموضوعية يستند الى فكرة اجتماعية قوامها التضامن والتكافل ، فضلا عن أن الخطأ اليسير فى العصر الحديث أصبح يعد من مستلزمات النشاط الانسانى بحيث يصعب تلافيه . أما الغش والخطأ الجسيم فلا يفلتان من المسئولية الاخلاقية لأنه يمكن تلافيهما . وفى هذا الصدد اتجهت سياسة المشرع الى أخذ ذلك النطاق من المسئولية المدنية ، الذى يمثل فى ذات الوقت اعتداء على قواعد الاخلاق بشدة ملحوظة ، مقابل التخفيف الذى يواجه به ذلك النطاق الآخر الذى لا يمثل اعتداء على

قواعد الاخلاق . هناك اذن نظرة اجتماعية الى المضرور تقابلها نظرة أخلاقية الى المسئول .

من هذه المسلمات يمكن أيضا معرفة مكان وظيفة جبر الضرر والوظيفة العقابية فى النظام الحديث للمسئولية المدنية ، وكيف يجتمعان فى العصر الحديث ولا يتنافران وكيف تسنى للتشريع والقضاء والفقه أن يعملهما معا.

ومن هذه المسلمات كذلك يمكن استخلاص دور كل من الخطأ والضرر فى تقدير التعويض فى العصر الحديث . فهناك فى هذا القانون اتجاه واضح نحو المفارقة بين مجرد قيام المسئولية الذى لايستند الى فكرة أخلاقية واستحقاق التعويض المعتدل من ناحية ، وبين استحقاق التعويض الكامل الذى يستلزم خطا على جانب معين من الجسامة ويستند الى الفكرة الاخلاقية من ناحية أخرى . وهناك أيضا نظرة الى المضرور ونظرة الى المسئول عند تقدير التعويض.ولذلك فالتعويض المدنى — تحقيقا للوظيفة المزدوجة للمسئولية المدنية — لايقدر تقديرا ذاتيا من ناحية المضرور وموضوعيا من ناحية المسئول — كما هو الشأن فى الاتجاه الموضوعى — وانما يقدر تقديرا ذاتيا بالنسبة للطرفين ، فيضع فى اعتباره مدى ما لحق المضرور من ضرر ومدى ماصدر من المسئول من خطأ .

٦ — هذه الوظيفة المزدوجة للمسئولية المدنية، وهذا الدور الذى يلعبه الخطأ والضرر فى تقدير التعويض يبدو أيضا جليا فى القانون المصرى . فالتشريع المصرى حاول أن يخطو على نهج التشريع الفرنسى بصياغته التى تعتنق المبدأ الموضوعى وتتقيد بجبر الضرر فى تقدير التعويض . ولكن هذا التشريع لم يتجاهل كلية الاتجاه الشخصى والوظيفة العقابية بل تعاطف معه فى التقنين المدنى وفى التشريعات الخاصة التى تمس نظرية المسئولية المدنية.

والتشريع المصرى لم ينفصل عن التطورات الحديثة للمسئولية ، وبالتالى فان كل هذه المسلمات الحديثة يمكن استخلاصها من الوضع القائم لنظام المسئولية السائد فى بلادنا .

خطة البحث :

٧ - ان دراسة تقدير التعويض بين الخطأ والضرر تقتضى منا - على ما ينبىء عنه وضع المشكلة على النحو المتقدم - مواجهة ذات محورين : محور رأسى ومحور أفقى أو محور تاريخى ومحور وضعى . فأما المحور الرأسى أو التاريخى فنواجه فيه تلك الجدلية الملحوظة بين وظيفة جبر الضرر ووظيفة الردع أو الوظيفة العقابية منذ الشرائع البدائية حتى آخر التطورات الفقهية المعاصرة .

وأما المحور الأفقى أو الوضعى فنواجه فيه تقدير التعويض بين وظيفة جبر الضرر ووظيفة عقاب المسئول ، حيث نبدأ من المسلمات الحديثة للمسئولية المدنية من حيث تحقيق وظيفة جبر الضرر عن طريق كفالة التعويض وعدالته وتحقيق الوظيفة العقابية عن طريق شخصية التعويض وفرديته ، وما يمكن أن تستتبعه هذه المسلمات من نتائج ومدى حظ هذه النتائج فى التطبيق .

لذلك فهذه الدراسة تنقسم الى قسمين :

القسم الاول : وظيفة التعويض .

القسم الثانى : تقدير التعويض .

القسم الاول

وظيفـــة التعويض

٨ — لم تعرف فكرة المسئولية فى العصور الاولى التفرقة الحديثة بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية . ولذلك فقد كانت فكرة العقوبة تمثل جزاء المسئولية الجنائية والمدنية معا وكانت تهدف فى ذات الوقت الى تحقيق الردع الجائى وتحقيق الاهداف المدنية على حد سواء.

على أن فكرة العقاب فى العصور الاولى تختلف عن فكرة العقوبة بمعناها الحديث ، فقد كان يترك أمر توقيع هـذا العقاب للمجنى عليه أو ذويه . فكلما تمثلت هذه العقوبة فى مبلغ من النقود فقد كان هذا المبلغ يؤول الى المجنى عليه وليس الى خزانة الدولة.ولذلك فقـد كانت مثل هذه العقوبة تعرف بالعقوبة الخاصة ، وكانت تستوعب فكرة التعويض ووظيفته.

وقد حاول التعويض بمعناه الحديث أن يجد له تطبيقات محددوة فى بعض المسائل المدنية البحتة فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، ولكن الغلبة كانت دائما لنظام العقوبة الخاصة . ولم يجد التعويض بمعناه الحديث مكانه كجزاء متميز الا بالفصـل بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية الذى ظهرت بوادره الاولى فى الشريعة الاسلامية من ناحية ، وفيما انتهى اليه فقه القانون الفرنسى القديم من ناحية أخرى ، واستقر بصفـة نهائية بوضع التقنين المدنى الفرنسى عام ١٨٠٤ . وبذلك أصبحت الوظيفة الوحيدة للتعويض هى جبر الضرر وحسب ، وتحددت أحكامه وعناصره بما يتلائم مع هذا الهدف وحده .

وهكذا فقدكان للمسئولية المدنيةوظيفةواحدة على مر العصور، تحولت من العقوبة الخاصة الى جبر الضرر أواصلاحه .على أنهذا الاطار الضيق لوظيفة التعويض المدنى الذى يتمثل فى فكره جبر الضرر أدى الى جمود هذا الجزاء وقصوره عن ملاحقة تطورات نظام المسئولية المدنية التى بدأت [illegible] معين

الأعتبار ردع الاخطاء المتميزة الى جانب جبر الضرر،وقـد أعادت هـذه التطورات الى الأذهان من جديد فكرة العقوبة الخاصة العتيقة • وعلى أثر ذلك قام فى الفقه اتجاه ينقب عن وجـود العقوبة الخاصة فى نطاق نظرية الجزاء المدنى بأسرها ــ متجاوزا بذلك مجال جزاء المسئولية المدنية ــ ويرد اليها كل مالايمكن رده فى نظرية الجزاء المدنى الى فكرة التعويض ، فضلا عن اطلاقها فى نطاق المسئولية ذاتها لتشكل التعويض وتعين مقداره •

وقد كان هـذا الاتجاه فاتحة لجهود فقهية تهدف الى اعادة البحث فى أهداف المسئولية المدنية فى المجتمع وتطوير التعويض ليتمكن من تحقيق هذه الأهداف • ولذلك فان هذا الاتجاه المتطرف وان لم يكتب له النجاح الا أنه مهد الطريق أمام اتجاهات أخرى أكثر اعتـدالا تحاول الجمع بين فكرة جبر الضرر وفكرة العقوبة الخاصة ــ بعـد تهذيبها ــ فى تقـدير التعويض ، انبعاثا من بعض الظواهر التى عرفها القرن العشرين كظاهرةقيام المسئولية الموضوعية غير المستندة الى الخطأ بجانب المسئولية الخطئية ، وظاهرة قيام المسئولية الجماعية الى جانب المسئوليـة الفردية وما صاحب ذلك من انعكاس على وظيفة الخطأ ومدى التعويض •

وهكذا لقدأثمرت مراجعةموقع كل من الوظيفة العقابيةوالوظيفةالاصلاحية من جزاء المسئولية المدنية فى الفقه الحديث اتجاها جديدا يتزايد أنصـاره نحو الجمع بين الاثنين فى هذا الجزاء •

الباب الاول : التعويض من الوظيفة العقابية الى الوظيفة الاصلاحية •

الباب الثانى : التعويض من الوظيفة الاصلاحية الى الوظيفة المزدوجة•

الباب الأول

التعويض من الوظيفة العقابية
الى الوظيفة الاصلاحية

٩ - تمثل العقوبة الخاصة البداية التاريخية لنظرية التعويض . لذلك فدراسة العقوبة الخاصة أمر ضروري للالمام بالصراع التقليدي بين الوظيفة العقابية والوظيفة الاصلاحية للتعويض .

ولا شك في أن دراسة العقوبة الخاصة على هـذا النحو من شأنها أن توضح لنا كيف بدأت البوادر الاولى لفكرة جبر الضرر القائم على الاتجاه الموضوعي في بعض مراحل القانون الروماني تظهر وتخبو أمام فكرة العقوبة الخاصة ، ثم كيف أخذت معالم هذه الفكرة تتضح في الشريعة الاسلامية وفي المراحل الاخيرة للقانون الفرنسي القديم ، قبل أن تستقر مبدأ مسلما به في التقنين المدني الفرنسي . غير أن هـذه الفكرة لم تستقر مبدأ مسلما به الا بوضع التقنين المدني الفرنسي ومن بعده التقنين المدني المصري الجديد في ظاهر نصوصه .

وعلى هذا النحو يمكن دراسة تطور التعويض من الوظيفة العقابيـة الى الوظيفة الاصلاحية في فصلين :

الفصل الاول : المفهوم العقابي للتعويض في الشرائع القديمة .

الفصل الثاني : المفهـوم الاصـلاحي للتعـويض في الشريعة الاسلاميـة والتقنينات الوضعية .

الفصل الأول

المفهوم العقابي للتعويض في الشرائع القديمة

١٠ ـ سيطرت فكرة العقوبة الخاصة على نظرية التعويض فى واقع الأمر فى مراحل ثلاثة متعاقبة كان لكل منها دور هام فى هذا الشأن . وأول هذه المراحل هى مرحلة الشرائع البدائية التى كانت تسودها العقوبة الخاصة، ثم تلتها مرحلة القانون الرومانى التى أعطت العقوبة الخاصة كيانا نظريا متميزا ، والتى سمحت لنظام التعويض بأن يطل من خلال العقوبة كبادرة أولى لمعرفة هذا النظام ، ثم كانت من بعد مرحلة القانون الفرنسى القديم التى تميزت فى بدايتها بالرجوع الى الفكرة الاولى للعقوبة الخاصة وانتهت بتمهيد الطريق أمام فكرة جبر الضرر كما نعرفها فى القانون الحديث .

ونعرض لهذه المراحل المتعاقبة فنتعرف على الملامح الأساسية للعقوبة الخاصة وعلاقتها بالتعويض خلال كل مرحلة منها .

المبحث الاول : مفهوم التعويض فى الشرائع البدائية .

المبحث الثانى : مفهوم التعويض فى القانون الرومانى .

المبحث الثالث : مفهوم التعويض فى القانون الفرنسى القديم .

المبحث الأول

مفهوم التعويض فى الشرائع البـدائية

١١ - اذا رجعنا الى العصور البـدائية، حيث تحكم الغرائز البشرية سلوك الانسان نحو ما يحيط به من انسان أو حيوان أو جماد، فاننا نجد أن أى اعتداء يقع على الانسان فى جسمه أو فى ماله، كان يولد لديه رد فعل مماثل تجاه المعتدى[1]، ويتمثل رد الفعل قبل كل شىء فى الرغبة فى الانتقام من مصدر الاعتداء . ولذلك كان المعتدى عليه ينقض على خصمه فيصرعه أو يجرحه أو يسترقه، فان كان حيوانا قتله وان كان جمادا هدمه أو أتلفه.

هذه الرغبة فى الانتقام تثور لدى المعتدى عليه سواء كان الاعتداء الذى وقع عليه مقصودا أو ناتجا من غير قصد أو صادرا من انسان مجرد من التمييز أو من فعل الشىء دون ارادة من مالكه . وفى ذلك يقـول اهرنج[2] « ان نظام الشعوب البدائية يظهر لنا رد فعل عنيف تجاه التعدى الذى يقع على الفرد، ورد الفعل هـذا عنيف من ناحيتين : الاولى، أنه تعميه العاطفة، فيغيب عن نظره الجرم ذاته (Culpabilité) . والثانية أنه لايكتفى بمجرد اصلاح الآثار الضـارة للتعـدى ولكنت يتطلب أيضا ارضاء شخصيـا (Satisfaction personnelle) لشعوره المجروح، أنه يتطلب عقوبة».

والانتقام ليس شعورا غريزيا فحسب لدى الانسان البدائى، بل هو فى

---

(١) سليمان مرقس : المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، القسم الاول ١٩٧١، فقرة ٣٧ .

(٢) Ihering : Le faute en droit privé, p. 11

بعض المجتمعات القديمة واجب مقدس يتضامن للقيام به جميع أفرادالقبيلة، ويكون التهاون فيه عارا يلحق بالمعتدى عليه أو عشيرته [١] .

ولعل أول ما يميز الانتقام ، ان المعتدى عليه كان يقوم بتحقيقه بنفسه أو بمعاونة أسرته أو عشيرته ، فكان يحصل على العدل لنفسه بنفسه ، دون الرجوع الى سلطة عامة [٢] . وفى مقابل ذلك فان الانتقام لم يكن محدودا بشخص الجانى بل كان يتعداه الى أى فرد من قبيلته أو الى القبيلة بأسرها . ولذلك فقد كان من شأن هـذا الانتقام الخاص (Vengéance privée) أن يؤدى الى المسئولية الجماعية أو الشائعة Responsabilité Commune ou Collective) ، حيث طلب الانتقـام والتعرض له على حد سواء — يكون على نطاق القبيلة أو العشيرة [٣] .

كذلك فقد كان تقرير نوع هذا الانتقام ومداه لايحكمه الا قوة المعتدى عليه ومكانة قبيلته ومدى ما يولده الاعتداء فى نفسه أو فى قبيلته من حقد وتحفز تجاه المعتدى وقبيلته . ولذلك فان هذا الانتقام الخاص لم تكن تحكمه معايير العقوبة أو التعويض ، وانما كان مجرد رد فعل غريزى أو فطرى لا يدخل فى فكرة الجزاء كفكرة قانونية .

١٢ — ولكن الانتقام غالبا ما يكون مفرطا وغير عادل ، ويثير ضغينـة الفرد قبل الفرد ، والعشيرة قبل الاخرى ، ويبعث عدم الاستقرار فى الجماعة ويشعل الحروب الدامية بين العشائر وبعضها . ومن ثم فقد بدأت الجماعة

---

(١) على صادق ابو هيف : الدية فى الشريعة الاسلامية : رسالة من القاهرة ١٩٣٢ الترجمة العربية، ص ١٩ .

(٢) Roubier (P.) : Théorie Générale du droit, 1946, No. 4

(٣) Fauconnet (Paul) : La Responsabilité, étude de Sociologie, Paris 192?, p. 330 .

البدائية فى تنظيم الانتقام ، سعيا وراء حصره فى نطاق المعتدى والمعتدى عليه بحيث لايتعداهما الى القبيلة أو العشيرة من ناحية ، والى تناسبه مع مدى الاعتداء من ناحية أخرى .

وفى سبيل ذلك ابتدعت الجماعة البدائية نظام التخلى (Abondon noxal) الذى يهدف الى التخفيف من مسئولية الاسرة أو العشيرة فى هذا التضامن العائلى. فقديما كان يجوز لعشيرة المعتدى اذا لم تشأ تحمل مسئولية اعتدائه، أن تتبرأ منه بالتخلى عنه ليصبح بذلك واقعا تحت [illegible] المجنى عليه تقتص منه [illegible][1] على أن التضييق من نطاق الانتقام الفردى وقصره على الجانى قد أخـذ يتحقق بشكل أوفى فى حالة الاعتـداء على النفس ، بتنظيم حق القصاص فى الجماعة (Loi de Talion) ، كحق يخول للمعتدى عليه قبل المعتدى . فبمقتضى هذا الحق أصبح المعتدى يتحمل القصاص فى جسمه بنفس نوع الاعتداء .

وقد عرف القصاص طريقه الى التشريعات القديمة الوضعية والالهية ، لأن جميع الأمم القديمة واجهت فى نشأتها وفى بدء نموها ظروفا واخطارا متماثلة ، فاهتدت فى معالجتها أو اتقائها الى أساليب متماثلة أوحت بها مجرد الفطرة وبعث عليها الحرص على النفس والاهل[2] . فقد نصت عليه شريعة

---

(١) وكان هذا النظام معروفا لدى الرومان حيث كان يجوز لرب الاسرة التخلى عن الجانى اذا لم يشأ ان يدفع عنه الغرامة المقررة قانونا . كما عرف عند عرب الجاهلية باسم الخلع، ولدى اليونان باسم (Atimas) ولدى القبائل السكسونية باسم (u!agh) وهو اصل نظام (out law) الذى كان معروفا فى انجلترا (عمر ممدوح مصطفى : اصول تاريخ القانون، الطبعة الثانية ١٩٥٢ ، فقرة ٣١)

(٢) عمر ممدوح مصطفى . اصول تاريخ القانون ، فقرة ٢٩ .

بنى اسرائيل [١] ، والقانون الاغريقى القـديم [٢] ، وقانون الالواح الاثنى عشر [٣] ، كما عرفته القوانين الجرمانية وعرب الجاهلية [٤] ، ونصت عليه الشريعة الاسلامية فى قوله تعـالى «النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص» [٥] ، وفى قوله تعالى «الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى» [٦] . كما استمر القصاص مقررا فى بعض الشرائع الى عهد قريب [٧] .

ومع حق القصاص المنظم على هـذا النحو تدخل المسئولية مرحلة ثانية حيث تنتقل من المسئولية الشائعة أو الجماعية الى المسئولية الفردية [٨] . ذلك أن القصاص وان كان بدوره كالانتقام الفردى ، يشبع رغبة الانتقام لدى المعتدى عليه ، فانه يتميز عن الانتقام الفردى المطلق بأنه يتقيد بالتكافؤ بين الاعتداء والجزاء ، ويتحدد نطاقه بالمعتدى والمعتدى عليه ولا يتعداهما الى القبيلة أو العشيرة . على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن القصاص كان قاصرا على الاعتداءات التى تلحق بالجسم . أما الاعتداءات التى تقع على المال فقد ظلت تقابلها فكرة الانتقام البدائية فى صورة السمـاح للمضرور

---

(١) احمد محمد ابراهيم : القصاص فى الشريعة الاسلامية ، رسالة من القاهرة ١٩٤٤ ص ٣ .

(٢) Louis Gerent : Note sur la notion de délit privé gréc. Mélange Henri - Levy Bruhl 1959 .

(٣) وسنعود الى دراسة القانون الرومانى فى هذا الصدد .

(٤) على صادق ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ١٩

(٥) سورة المائـدة ، الاية الخامسة والاربعون .

(٦) سورة البقرة ، الاية الثامنة والسبعون بعد المائة .

(٧) كان القصاص مقررا فى قانون الجزاء العثمانى الصادر عام ١٨٥٨ ، وهو قانون العقوبات الذى كان نافذا فى مصر قبل انشاء المحـاكم الاهلية وصدور مجموعة قانون العقوبات الاهلى عام ١٨٨٣ (عمر ممدوح مصطفى ، اصول تاريخ القانون ، فقرة ٢٩) .

(٨) فاوكونيت : المسئولية ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ وما بعدها .

بأن يحصل لنفسه على ارضاء مقابل هــذا الاعتداء باتلاف الشيء أو قتل الحيوان أو استرقاق محدث الضرر [1] .

١٣ ـ غير أن الانسان البدائي لم يلبث أن وجد أن الارضاء النفسي باشباع الرغبة في الانتقام لايكفي وحده لتحقيق الارضاء الكامل له . فقد بقيت الآثار المــادية للفعل الضار بغير اصلاح ، وهو مايسبب له استمرار الشعــور بالمرارة والألم . ولذلك فانه يسعى الى الوسيلة التي تحقق له الارضاء المادي والارضاء النفسي فتشبع لديه الرغبة العمياء في الانتقــام والرغبة في اصلاح الضرر على السواء ، بمحاولة تغطية هذا الضرر بقدر من المال يزداد في مقــداره حسب مدى الاعتداء ومدى رد الفعل الذي تولد في نفســه .

وعلى هذا النحو فقــد ظهر نظام الدية [2] ، الذي بدأ بالدية الاختيارية (composition volontaire) . فالجاني يمكنه تفــادي القصاص بأن يتفق مع المجني عليه أو قبيلته على دفع مبلغ من المال يرتضونه . والمجني عليه كان لايرتضي هذه الدية الاختيارية الا اذا حققت له ارضاء نفسيا وماديا كافيا ، بأن أشبعت لديه الرغبة في الانتقام فضلا عن الخسارة المادية ـ والا لجأ الى استعمال حقه في القصاص . فالدية الاختيارية يتحدد مداها بمدى الرغبة في الانتقام التي تعتمل في نفس المضرور أو عائلته قبل أن ترتبط بمدى الضرر أو بما يكفي لاصلاحه [3] . ولذلك كانت تعد بمثابة ثمن لشراء حياة الجاني أو شخصه الذي يكون تحت رحمة المجني عليه أو أسرته [4] .

---

(١) Ourliac P. et De Malafosse G. : Histoire de droit privé 1969 No. 344 .

(٢) ايهرنج : روح القانون الروماني ، جـ ١ ، فقرة ٥٣ ص ٢٣١ .

(٣) روبيه : المرجع السابق فقرة ٤

(٤) اورولياك وملافوس : المرجع السابق ، فقرة ٣٤٤ ص ٢٨١ .

وقد عرف نظام الدية الاختيــارية فى قانون الالواح الاثنى عشر لدى الرومان حيث تحدد القصاص فى بعض انجرائم ما لم يتفق الجانى مع المجنى عليه على دية يدفعها لتفادى القصاص [١] ، كما عرف لدى عرب الجاهلية. [٢] كذلك عرفت الدية الاختيارية فى الشريعة الاسلامية فى الحالات التى يجب فيها القصاص حيث يمكن للمجنى عليه أو ولى دمه أن يتنازل عن حقه فى القصاص فى مقابل الدية المحددة شرعا [٣] .

١٤ — على أن الدية الاختيارية بما كانت تسمح به من المغالاة والتحكم أدت الى استمرار مبدأ الانتقام الفردى وسيادة الغرائز الفطرية . فالمجنى عليه كان يفضل هو وأسرته سلوك سبيــل القصاص استنادا الى قوة عشيرته واشباعا لما يعتمل فى نفسه من حقد وتحفز تجاه الجانى وأسرته. هذا الخيار بين القصاص والدية الاختيارية كان من شأنه ربط المجتمع بعصر الحروب والفتن بين القبائل والعشائر وتقويض أمن الجماعة .

وبازدياد سلطة الجماعة ظهر نظام الدية الاجبارية (composition obligatoire) [٤] . انها اجبــارية حيث يجب على الجانى أداؤها ، ويلزم المجنى

---

(١) عمر ممدوح مصطفى : القانون الرومانى ١٩٥٢، ص٢٥ وما بعدهــا (الالتزامــات) .

(٢) ولم يبلغوا مرحلة الدية الاجبارية (سليمان مرقس : المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ٩٩) .

(٣) عبد الرزاق السنهورى : مصادر الحق فى الفقــه الاسلامى ، ج١، ١٩٦٧ ص ٤٩ . وحقيقة الامر ان القصاص هو الذى يكون اختياريــا فى الشريعة الاسلامية بمعنى انه يجوز الامسك به او استبداله بالدية المحددة شرعا ، والشريعة الاسلامية لا تترك تحديد الدية لارادة الطرفــين الا أن يتنازل من له الحق عن بعض حقــه فى بعض الفروض . كما ان الديــة اجبارية فى كل الحالات التى يجب فيها القصاص فى الجرائم التى تقع على النفس . وسنعود الى دراسة ذلك .

(٤) روبييه : المرجع السابق فقرة ٤

عليه بقبولها ، وهى اجبارية أيضا من حيث مقـدارها الذى يتكفل نظـام الجماعة بتحديده فى كل جريمة وقعت عن اهمال أو عمد ، بعد ان كان ذلك متروكا لاتفاق الطرفين [1].

وقد عرف نظام الدية الاجبارية فى شريعـة بنى اسرائيل وعند اليونان القدماء وفى القانون الرومانى والقوانين الجرمانية ، كما قررته الشريعـة الاسلامية [2].

---

(١) كان هذا المقدار يختلف فى بعض القوانين تبعا للمكانـة الاجتماعيـة للمجنى عليه وتبعا لنوع الاعضاء التى اصيبت (عمـر ممدوح مصطفى ، اصول تاريخ القانون ، فقرة ٣٠ .

(٢) ففى شريعة بنى اسرائيل كان القصاص قاصرا على القتل والجـرح العمد ، وكان يمكن الصلح على مال فى حالة الجرح . وكان الالتجاء الـى هذا الصلح شائعا عدا حالة القتل العمد . وفى حالة القتل الناشىء عن فعل الحيوان يرجم الحيوان او يدفع مبلغ من المال لاهل القتـيل (علـى صادق ابو هيف : المرجع السابق ، ص ١٤) .

وعند اليونان القدماء ــ حيث لم يكن هناك قانون يحدد العقاب ــ كان التصالح على مال فى الجرائم جائزا فى جميع الاحوال . وكان فى امكان الجانى ان يطلب الصلح فى جلسة رسمية باتباع تقاليد معينة ، وكان مقدار هذا المال يختلف حسب ظروف الجريمة (لويس جيرنت : المقال المشار اليه) .

وفى القانون الرومانى اوجب قانون الالواح الاثنى عشر على المجنى عليه ، فى اغلب الجرائم الخاصة ، قبول غرامة مالية يفتدى بها الجانـى نفسه من عدوانه ، وهذه الغـرامة تجعـل الجـانى مدينا للمجنى عليه وخاضعا لسلطته اى يتحمل الالتزام فى جسمه ، فاما أن يدفعهـا واما ان يسلم اليه (عمر ممدوح مصطفى : القانـون الرومـانى ، ص ٥٨)

وفى القبائل الجرمانية نمت فكرة افتداء الجريمة بالمال شيئا فشـيئا ، رغم تعاليم الكنيسة التى كانت تحض على الاكتفاء بالجزاء الدينى ، حيث اصبح نظام الدية هو القاعدة . وحدد العرف مبلغ الدية واجبة الاداء فى كل حالة مع مراعـاة الفوارق بين الاشخاص . ثم اصبح هذا العرف قانونا رسميا بصدور تشريع عرف باسم (La loi Salique) أورلياك وملافوس : المرجع الســابق ، فقرة ٣٧٤ ــ فاوكونيت : المسئولية ، ص ٣٢٠ وما بعدها .

وقد اخذت الشريعة الاسلامية ايضا بنظام الدية الاجبارية فى الحالات التى لا يجب فيها القصاص ، كـما كانت الدية اجبارية ايضا عند تعـذر القصاص . وسنعود الى دراسة ذلك .

١٥ — وقد أدى نظام الدية الاجبارية الى ظهور نظام الجرائم الخاصة (delit privé) فى بعض المدنيات القديمة كالقانون الاغريقى والقانون الرومانى والقوانين الجرمانية والقانون الفرنسى القديم [١]. ذلك أن الدية الاجبارية كانت تحدد تعريفة معينة لكل جريمة على حدة. وكان النص على الجريمة الخاصة فى القانون هو أساس الالتزام بدفع الدية أو الغرامة المالية، اذ لم تكن هـذه التشريعات تعرف قاعدة عامة للمسئولية وكانت الجرائم الخاصة تشمل الاعتداءات التى تقع على الجسم أو المال على حـد سواء، وتشمل فى ذات الوقت الجرائم التى تهـدد الكيان الاجتماعى وتلك التى تمس الافراد [٢].

وبازدياد السلطة العامة فى الجماعة بدأت تظهر فكرة الكيان الاجتماعى الذى يستنكر جرائم معينة، وخاصة الجرائم ذات الطابع الدينى كجريمة الاعتداء على الديانات أو المقدسات، والجرائم التى تمس المجتمع كجريمة الخيانة العظمى والهروب من الجندية، وجرائم القتل العمد. وقد أدى ذلك الى ظهور فكرة الجريمة العامة [٣]. وقد أدى ظهور الجريمة العامة بجانب الجريمة الخاصة على هذا النحو الى الانتقال تدريجيا من مرحلة العـدل الخاص (Justice privé) الى مرحلة العـدل العام الذى تتكفل به سلطات

---

(١) ويقول الدكتور سليمان مرقس ان الشريعـة الاسـلامية فرقت بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة، فميزت بين الجرائم التى تقع على حق الله والجرائم التى تقع على حق العبد، وجعلت جزاء الاولى عقوبة عامة تباشرها الدولة، اما الجرائم الخاصة فجزاؤها عقوبـات خاصة يجتمع فيها معنى العقوبة والتعويض ومنهـا القصاص والدية (المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، ١٩٧١، فقرة ٥٠ ص ١٠١).

(٢) فاوكونيت : المرجع السابق، ص ٣٣٢ وما بعدها.

(٣) مثال ذلك قانون دراكون (Dracon) الصادر فى اثينا حوالى عـام ٦٢٠ ق.م الذى تدخل بوضع احكام جزائية فى القتل تتولى الدولة تطبيقها للحد من الانتقام الفردى والقصاص، ثم قانون صولون (Solon) الصادر سنة ٦٠٠ ق.م الذى حرم التنفيذ على جسم المديـن أو بيعـه او قتلـه (عمر ممدوح مصطفى، اصول تاريخ القانون، ص ٦٣).

الدولة[1] . وقد أخذ نطاق الجرائم العامة يتسع ليشمل الجرائم التى تقع على الافراد وتمس الدولة ذاتها بطريقة مباشرة أو عن طريق الاخلال بالامن فيها ، فمدت حقها فى العقاب الى هذه الجرائم أيضا ، واقتصرت فى ذلك أول الامر على الجرائم الاكثر خطورة ، كالقتل أو السرقة ثم توسعت فيه تدريجيا[2] .على أن الجرائم الخاصة قد بقيت لمدة طويلة تستوعب وحدها الاعتداءات التى تلحق بالاموال . ولعل من الاسباب التى أدت أيضا الى تقلص نظام الجرائم الخاصة والدية أو الغرامة المحددة قانونا ازدياد قوة النقود الذى أدخل عنصر التقدير فى الجزاء المترتب على الافعال غير المشروعة (Aestimatio litis ou [illegible]matio poena) الذى أسند الى المحاكم فى المدنيات القديمة[3] .

١٦ — ومن الواضح أنه اذا كانت العقوبات المقررة للجرائم العامة تمثل فكرة العقوبة كما نعرفها فى العصر الحديث ، فان أيا من الجزاءات الاخرى التى ظهرت تباعا لمواجهة الفعل غير المشروع لا تعبر عن فكرة التعويض القائم على جبر الضرر كما تعرفها التقنينات الحديثة، فهل معنى ذلك أن كل هذه الجزاءات تعتبر من قبيل العقوبات الخاصة ، بالنظر الى أن أمر اعمالها كلها كان متروكا للمعتدى عليه أو كان على الأقل يؤدى الى كسب مالى يدخل ذمته الخاصة ؟

---

(١) السعيد مصطفى السعيد : الاحكام العامة فى القانون الجنائى ، الطبعة الرابعة ١٩٦٢ ص ١١ وما بعدها — رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى ، الطبعة الثانية ١٩٦٨ ، ص ١٢٢ وما بعدها — أحمد محمد ابراهيم : المرجع السابق ص ١٠ وما بعدها .

(٢) سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ٣٧ ص ٧١ .

(٣) لويس جيرنت : المقال المشار اليه — وانظر أيضا روبييه : المرجع السابق فقرة ٤ من ان اختفاء الدخل الخاص أدى الى اختفاء العقوبة الخاصة .

الواقع أن الفقه لم يعن بوضع تعريف محدد لفكرة العقوبة الخاصة . ولكن لفظ العقوبة الخاصة (poena privata) لم يبدأ استعماله الا فى القانون الاغريقى القديم والقانون الرومانى للدلالة على (الغرامة المالية) المقررة للجرائم الخاصة ، وقد استعمل أيضا للدلالة على هذه الغرامة المالية لفظ (Wergled) فى القوانين الجرمانية ، أو لفظ الدية (composition) فى القانون الفرنسى القديم [١] .

ولذلك فيمكن القول بدءا من هــذا الأصل التاريخى لتعبير العقوبة الخاصة ــ أن فكرة العقوبة الخاصة تمثل مبلغا من المــال يحدده القانون للمعتدى عليه قبل المعتدى عندما يرتكب جريمة من الجرائم المحددة قانونا ، ليس فقط لتعويض الاول عما يكون قــد أصابه من ضرر ، وانما كذلك ، وقبل كل شىء ، على سبيل العقوبة لهذا الاخير [٢] .

وعلى هذا النحو فالانتقام الفردى ــ أى غير المنظم أو المقيد ــ لايمثل العقوبة الخاصة ، لأنه يتعلق بالمسئولية الجماعية أو الشائعة ، حيث يمتد هذا الانتقام الى قبيلة المجنى عليه أو عشيرته فى طلبه ، كما يمتد الى قبيلة الجانى أو عشيرته فى لقتضائه ، بينما العقوبة الخاصة تفترض المسئولية الفردية ، حيث يلتزم بها الجانى بصفته الشخصية فى مواجهة المجنى عليه [٣] .

---

(١) Giffard A - E : Droit romain et ancien droit francais. coll. Robert Villers, 2 éd. 1967, No 328

(٢) ديموج : الالتزامات ، جـ ٤ فقرة ٥٠٩ ــ ليسيين ريبير . التعويض فى المسئولية التقصيرية : رسالة من باريس فقرة ٦٧ ــ بلانيول وريبير واسمان . جـ٦ ، فقرة ٦٨٣ ــ مارتــى ورينو : جـ٢ فقــرة ٣٥٩ ــ مازووتنك : المسئولية المدنية ، جـ٣ فقرة ٢٣٥٢ .

(٣) فاوكونيت : المسئولية ، ص ٣٣١ وما بعــدها .

كذلك فالقصاص بدوره لا يمثل العقوبة الخاصة ، اذ هو وان كان عقوبة توقع على الجانى فانه لا يعود على المجنى عليه بفائدة مباشرة الا فيما يتعلق باشباع رغبته فى الانتقام وذلك فى المرحلة التى كان المجنى عليه يتولى فيها بنفسه أو بأسرته توقيع القصاص . فلما باشرت السلطة العامة فى الجماعة مسئولية توقيع القصاص ، أصبح الامر يتعلق بعقوبة عامة . واذا كان يجوز للمجنى عليه أن يتنازل عن القصاص فان ذلك لا يرفع عنه الصفة الجنائيــة حيث سياسة العقاب فى البداية كانت تتركز حــول شخص المجنى عليه فى تقدير مدى العقوبة وفى اقتضائها أو التنازل عنها ، قبل أن تتركز فى الكيان الاجتماعى[1] .

أما العقوبة الخاصة بالمعنى الذى يقصــده الفقه فتنصرف الى الغرامة المالية أو الدية المحددة لجريمة خاصة تمثل اعتداء على الفرد فى جسمه أو فى ماله ، وتتجاوز عادة مدى الضرر لما تحمله من معنى العقوبة والتعويض . وهو ماينطبق فى نظر هذا الفقه على الغــرامة المالية المقررة فى القانون الرومانى للجرائم الخاصة ، ونظــام الدية فى القوانين الجرمانية والقــانون الفرنسى القديم[2] . كذلك فهــذا الاصطلاح يطلقه بعض الفقه فى نطاق الشريعة الاسلامية على الجزاء المالى المحدد للاعتداءات الواقعة على جسم الانسان

---

(١) ويعرف القانون الجنائى الحديث جرائم معينة لا تتحرك فيها الدعوى الجنائية الا بشكوى من المجنى عليه ، ومــع ذلك فان هــذا لا يرفع عــن الجريمة والعقاب الصفة الجنائية ، ومثال ذلك السب او السرقــة بــين الاصــول والفــروع .

(٢) ايجنى : العقوبة الخاصة ١٩٠٤ ، المقدمة و ص ١٧ وما بعــدها والخاتمة ص ٣٢٥ — ديموج : الالتزامات ، ج ٤ فقرة ٥٠٩ . بليسيين ريبير : المرجع السابق ، فقرة ٦٧ — بلانيول وريبــير واسمان ، ج٦ فقرة ٦٨٣ — بارتان (اوبرى ورو) ٦ فقرة ٤٤٣ هامش ١٠ — مارتــى ورينــو ، ج٢ فقرة ٣٥٩ — ستارك : الوظيفة المزدوجة للمسئولية رسالة مــن باريس ١٩٤٧ ، ص ٣٥٤ ومابعدها — مازو وتنك : المسئولية المدنية ، ج٣ ، فقرة ٢٣٥٢ .

وهو الدية[1] .

وهذه الصور للعقوبة الخاصة هي التي يعنينا ايضاحها ، لمعرفة خصائصها ومعرفة ما يقصده الفقه من الاحالة اليها في التعبير عن الاتجاه الشخصي في تقدير التعويض ، وهو ما يمكن الوصول اليه عن طريق دراسة الشرائع القديمة الأكثر تقدما والتي عرفت النظريات القانونية المتكاملة ، كما هو الحال في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم .

---

(١) عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص ٥١ وما بعدها — سليمان مرقس : المرجع السابق فقرة ٥٠ ، ويقول أن ما لحق فكرة الدية من تعديل على مدى طويل ادى الى اعتبارها تعويضا للمضرور أكثر منها عقابا للمتسبب في الضرر (فقرة ٣٧) .

المبحث الثانى

مفهوم التعويض فى القانون الرومانى

١٧ – ان الذى يعنينا من دراسة القانون الرومانى هو استخلاص خصائص الغرامة المالية أو العقوبة الخاصة (poena) المقررة فى هذا القانون كجزاء للجريمة الخاصة ، والوظيفة التى كانت تؤديها فى هذا القانون باعتباره أهم القوانين القديمة التى تتوافر وثائق دراستها ، فضلا عن كونه الاصل التاريخى لكثير من القوانين الحديثة . وتبدو أهمية هذه الدراسة بصدد موضوعنا بصفة خاصة فى أن الفقه الحديث كثيرا ما يعبر عن التعويض الذى يستوحى الوظيفة العقابية للمسئولية فى تقديره ، ان الذى يتأثر بمدى جسامة الخطأ – سواء فى ذلك أنصار هذا الاتجاه أو خصومه – بأنه ارتداد الى فكرة العقوبة الخاصة المعروفة فى القانون الرومانى[1] .

واستخلاص خصائص الغرامة المالية فى القانون الرومانى يقتضى منا أن نبدأ بالتعرف على الجريمة الخاصة التى تعتبر مصدرا لها فى هذا القانون ، ثم للدعاوى المختلفة التى تنشأ للمعتدى عليه فى جريمة خاصة حتى نستطيع

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ، ص ١٧ ، ٢٢٥ – ايجنى : فكرة العقوبة الخاصة فى القانون المعاصر ، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٠٦ ص ٤١٦ – ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٥٠٩ ص ١٨٥ – بارتان (اوبرى ورو) ج ٦ فقرة ٤٤٣ هامش ١٠ – ليسيين ريبير : المرجع السابق ، فقرة ٦٧ ص ٨١ – ستارك : المرجع السابق ص ٣٥٤ وما بعدها – بلانيولوريبير واسمان ، ج ٦ فقرة ٦٨٣ – مازووتنك: المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٥٢ .

من بعد التعرف على موقع العقوبة الخاصة من نظرية الجزاء سواء فى القانون الرومانى أو فى القانون الحديث .

١٨ — كانت الجريمة الخاصة هى مصدر الغرامة المالية فى القانون الرومانى. فالفعل الضار لم يكن محلا للجزاء فى هذا القانون ، سواء كان يمثل اعتداء على النفس أو على المال ، الا اذا كان منصوصا عليه فى القانون كجريمة خاصة [1] . فالقانون الرومانى لم يعرف فى أى مرحلة من مراحله ، مبدأ أن كل فعل ضار يرتب للمضرور حقا فى حالة التعويض أو فى الغرامة المالية [2] .

ويمكننا التعرف على خصائص هذه الجريمة الخاصة من استعراض أحكام الجرائم الخاصة الثلاثة الاساسية فى القانون الرومانى والتى تعبر عن تطور أفكار هذا القانون فى معالجة آثار الفعل الضار ، وهى جريمة الاعتداء (injura) وجريمة السرقة (fartum) وجريمة الاعتداء على مال الغير (damnum injuria datum) [3] .

---

(١) جيفارا : القانون الرومانى ، طبعة ثانية ١٩٦٧ فقرة ٣١٨ — مونييه : القانون الرومانى ، ج ٢ طبعة رابعة ١٩٤٨ ، فقرة ١١٩، ١٧٤ — عمر ممدوح مصطفى، القانون الرومانى ١٩٦٦ ص ٤١٦ .

(٢) اوليفييه مارتان ... : تاريخ القانون الخاص ١٩٦٩ فقرة ٣٥٢ ص ٣٨٦ — مازوو تنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٢٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٩٠٠ — لالو: المسئولية المدنية ، فقرة ١١ .

(٣) الى جانب ذلك كانت هناك جرائم خاصة ،نص عليها قانون الالواح الاثنى عشر ، يعاقب عليها بغرامة مالية محددة او بضعف قيمة الضرر، مثل جريمة قطع اشجار الغير ، وترك الماشية ترعى فى ارض الغير ، واختلاس الوصى لاموال القاصر وخيانة الامانة والضرر الذى يحدث بفعل الحيوان والتصرف فى مال الغير (عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق ص ٤٢٢) .

فاما جريمة الاعتداء — وهى التى تتعلق بالاعتداء على الجسم — فقد كانت قاصرة فى قانون الالواح الاثنى عشر على ثلاثة حالات هى فصل عضو وجزاؤها القصاص ما لم يتفق الجانى مع المجنى عليه على دية يدفعها اليه ، كسر عظم وجزاؤها غرامة محددة قانونا يدفعها الجانى الى المجنى عليه ، وكذلك الشأن فى الاعتداء البسيط [1] . ثم تدخل البريتور من بعد فتوسع فى جريمة الاعتداء لتشمل جميع أحوال الاعتداء المادى عن طريق منح الدعوى البريتورية ، كما جعل جزاؤها دفع غرامة مالية يراعى فى تقديرها حسن نية الجانى أو سوء نيته من ناحية ، ومركز المجنى عليه ومدى الضرر الذى أصابه من ناحية أخرى . وكانت هذه الدعوى تسقط بمضى سنة من ارتكاب الجريمة باعتبار أن ذلك يفيد تنازل المجنى عليه عن حقه فى الانتقام [2] موقد ألحقت بهذه الجريمة فيما بعد كل الاعتداءات التى تقع على الجسم أو على الشرف والاعتبار [3] ، وبصدور قانون كورنيليا أصبحت جرائم الاعتداء الجسيم فى ذات الوقت من الجرائم العامة بجانب اعتبارها جريمة خاصة [4] . ووفقا لقانون جستنيان كان المجنى عليه بالخيار بين رفع الدعوى البريتورية وطلب الغرامة وبين رفع الدعوى العمومية وانزال عقوبة بدنية على شخص الجانى [5] .

---

(١) مونييه : فقرة ٣١ — جيفار : فقرة ٣٢٥—٣٢٨ — جيرار ، القانون الرومانى ١٩٢٩ ص ٤٢٨ .

(٢) جيفار : فقرة ٣٣٠ — مونييه : فقره ٣٢ — عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق ص ٤٢٦ .

(٣) مونييه : فقرة ٣٣ — جيرار : ص ٤٣٠ — جيفار : فقرة ٣٣١ — عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق ص ٤٢٧ .

(٤) جيرار : ص ٤٣٠ — مونييه : فقرة ٣٤ — عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق ص ٤٢٨ — ٤٢٩ .

(٥) مونييه : فقرة ٣٤ — جيرار : ص ٤٣١ — عمر ممدوح مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٢٩ .

أما جريمة السرقة فقد كان جزاؤها فى قانون الالواح الاثنى عشر فى حالة التلبس مع ظرف الليل أو السلاح نشوء حق المجنى عليه فى الانتقام من الجانى بقتله دون تدخل من القضاء ، فاذا لم تقترن السرقة فى حالة التلبس بظرف مشدد فالجزاء هو الحاق الجانى بالمجنى عليه ان كان حرا بالغا واعدامه ان كان عبدا وفى غير حالات التلبس كان جزاء السرقة غرامة مالية بالضعف تمنح للمجنى عليه[1] . وقد أبقى قانون جستنيان على الغرامة بالضعف فى غير حالة التلبس ، أما فى حالة التلبس فقد استبدل القصاص بغرامة بأربعة أمثال قيمة الشىء المسروق تدفع الى المجنى عليه . كذلك كانت الغرامة أيضا فى حالة السرقة بالاكراه بأربعة أمثال القيمة اذا رفعت الدعوى خلال سنة من وقت ارتكاب الجريمة ، واذا رفعت بعد ذلك فقد كانت الغرامة بمثل القيمة وحدها ، نظرا لأن رغبة المجنى عليه فى الانتقام تكون قد هدأت قليلا . كما أنه فى عهد جستنيان أصبحت السرقة فى أغلب الاحوال تعتبر من الجرائم العامة وأعطى للمسروق منه الخيار بين رفع الدعوى العمومية بطلب توقيع عقوبة بدنية على السارق وبين طلب الغرامة المالية[2] .

وأما جريمة الاعتداء على مال الغير فقد نشأت بدعوى قانون اكويليا — فى مرحلة لاحقة لقانون الالواح الاثنى عشر — وهى تنصرف الى الاضرار بمال الغير بدون وجه حق ، فهى كالسرقة تقع على مال الغير ولكنها تختلف عنها فى أنها لاترتكب بقصد الكسب وانما بقصد الاتلاف أو نتيجة نعمد من الفاعل[3] . ولا تتناول هذه الجريمة فى القانون الرومانى كل الأفعال الضارة التى تقع على مال الغير ، فهذا القانون لم يضع مبدأ عاما للمسئولية كما سبق القول ، بل كانت هناك جرائم معينة يحددها القانون ويقرر

---

(١) مونييه : فقرة ٣٥ و٣٦ — جيفار : فقرة ٣٣٧ — ٣٤١ — جيرار ص ٤٣٤ وما بعدها — عمر ممدوح مصطفى : ص ٤٣٠ وما بعدها.
(٢) جيفار : فقرة ٣٥١ — مونييه : فقرة ٤٠ — عمر ممدوح مصطفى : ص ٤٣٧ ، ٤٣٨
(٣) جيفار : فقرة ٣٥٧ — جيرار : ص ٤٤٠

مسئولية فاعلها ، فاذا خرج الفعل عن دائرة هذه الجرائم فهو لايستوجب المسئولية ، مهما بلغت جسامة الخطأ الذى انطوى عليه هذا الفعل[1] .
وكانت الافعال التى يعاقب عليها قانون اكويليا تنحصر فى قتل العبد أو الحيوان الذى يعيش فى قطيع وجزاؤها غرامة تقدر بأعلى قيمة وصل اليها الحيوان أو العبد فى السنة السابقة على ارتكاب الجريمة . وكذلك أفعال الاعتداء الاخرى دون القتل التى تقع على العبد أو الحيوان أو قتل أو كسر أو قطع غير ما تقدم من حيوان أو جماد وجزاؤها غرامة تقدر بأعلى قيمة وصل اليها الشىء فى الثلاثين يوما السابقة على ارتكاب الجريمة . وكانت الغرامة تضاعف فى هذه الفروض فى حالة انكار الفاعل[2] . وكان قانون اكويليا يشترط أن يكون الضرر قد وقع بغير حق وأن يكون الضرر ماديا وأن يكون هناك اتصال مادى مباشر بين الشىء المعتدى عليه ووسيلة الاعتداء (corpori corpori)

وقد تطورت دعوى قانون اكويليا على يد الفقه بالتوسع فى معنى الضرر ليشمل كل تلف يلحق بالشىء بوجه عام ، كما شمل التوسع التعويض ذاته ليشمل كل الضرر الناتج عن الجريمة وليس قيمة المال المعتدى عليه وحده ، وأصبح التعويض يشمل الخسارة الواقعة (pamnum - emergens) والكسب الفائت (lucrum cessans)[3]

كذلك فقد تطور معنى وقوع الضرر بدون وجه حق بحيث صار يعد كذلك كلما نشأ من تعد من الفاعل (culpa) وان كان يكفى أن يكون هناك خطأ تافه (culpa levissima) غير أنه كان يشترط أن يكون التعدى ايجابيا

---

(١) مونييه : فقرة ٤١ - جيفار : فقرة ٣٥٧ - جيرار : ص ٤٤٠
(٢) جيفار : فقرة ٣٥٨ - ٣٦١ - مونييه : فقرة ٤٣ - جيرار : ص ٤٤٠ - ٤٤١ - عمر ممدوح مصطفى : ص ٤٤٠
(٣) مونييه : فقرة ٤٤ - جيفار : فقرة ٣٣٦ - ٣٨٦ - جيرار ص ٤٤٣ و ٤٤٤

(faute de commission) فلا يكفى مجرد الامتناع(omission) . ثم تدخل البريتور باصلاحات على قانون اكويليا أدت الى نشوء الدعوى المفيدة (action utile) فى الاحوال التى يكون فيها الفاعل مسئولا عن الضرر دون أن يكون هذا الضرر نتيجة لاصابة مادية حدثت منه (corpori) والى نشوء الدعوى المبنية على الواقع (infactum) فى الاحوال التى ينشأ فيها الضرر دون أن يصاب الشىء ماديا ما دام أن الفاعل هو الذى تسبب فى وقوع الضرر[1] .

١٩ — من ذلك يتضح أن جزاء الفعل الضار فى القانون الرومانى ، كان غرامة مالية تمنح للمجنى عليه وتقدر بما يتجاوز مدى الضرر.وللوقوف على وظيفة هذه الغرامة المالية أو طبيعتها يلزم استعراض الدعاوى المختلفة التى كان يرتبها الفعل الضار . وقد عرف القانون الرومانى ثلاثة أنواع من الدعاوى فى هذا الشأن ؛ هو الدعوى الجنائية (action penale) والدعوى المدنية (action réipersecutoire) والدعوى المختلطة (action mixte) .

فأما الدعوى الجنائية فقد تقررت منذ قانون الالواح الاثنى عشر وظلت سائدة حتى نهاية مراحل القانون الرومانى[2] .وكانت تنشأ على الاخص فى جريمتى الاعتداء والسرقة وتهدف الى الحصول على الغرامة المالية المقررة من هذه الجرائم[3] . وهذه الدعوى الجنائية كانت حقا للمجنى عليه وحده تتقرر له بصفة شخصية ، وهى لذلك لاتقبل الانتقال الى ورثته بل تنقضى بوفاته[4] .وهى كذلك توجه أيضا الى الجانى بصفة شخصية فتنقضى

---

(١) جيفار : فقرة ٣٦٩ — مونييه: فقرة ٤٥ — جيرار: ص٤٤٣و٤٤٤

(٢) مونييه : فقرة ٢٨ — جيفار : فقرة ٣٢٠

(٣) مونييه : فقرة ٢٧

(٤) جيرار : ص٤٢٣ — جاستون ماى : فقرة ١٧٥ — مونييه: فقرة ٢٧ — جيفار : فقرة ٣٢٠

بوفاته الطبيعية ولا تنتقل الى ورثته [1] .

كما كانت كذلك هذه الدعوى تتعدد بتعدد الفاعلين ، مما يمكن المجنى عليه من الحصول على غرامات مالية من كل فرد من الجناة دون أن ينقضى حقه بالحصول على العقوبة من أحدهم [2] .

ولم تكن الدعوى الجنائية تنقضى بالموت المدنى للجانى [3]. ولم يكن التنازل عن هذه الدعوى يستلزم اجراءات رسمية معينة كما هو الشأن فى التنازل عن الالتزام التعاقدى ، بل كان من يتوانى فى رفع الدعوى الجنائية يعد وأنه قد عفى عن الجانى [4] .ومن ناحية أخرى فانه كان يمكن توجيه الدعوى الجنائية الى المرأة البالغة والصبى المميز ، ولكن الدعوى الجنائية كان يجب أن توجه الى فرد من أسرة أخرى ولا توجه الى فرد ينتمى الى أسرة المجنى عليه [5] .واذا كان الجانى تابعا لغيره فانه كان يجوز لرب الاسرة التخلى من الالتزام بالغرامة بتسليم الجانى التابع له أى بالتخلى عنه [6] .

وهذه الدعوى الجنائية لم تكن تتعدد بتعدد الجناة وحسب ، بل كان يمكن أيضا الجمع بينها وبين الدعوى المدنية بالمطالبة بالشىء أو قيمته [7] .

---

(١) مونييه : فقرة ٢٧ ــ جيفار : فقرة ٣٢٠ ــ جاستون ماى ١٧٥ ــ جيرار ص ٤١٩

(٢) جيرار : ص ٤٢٤ ــ مونييه : فقرة ٢٧ ــ جيفار : فقرة ٣٢٠

(٣) جيرار : ص ٤٢٠ ، ٤٢٣ ــ مونييه : فقرة ٢٧ ــ جيفار : فقرة ٣٢٠

(٤) مونييه : فقرة ٢٧ ــ جيفار : فقرة ٣٢٠ ــ جيرار : ص ٤٢٤

(٥) جيرار : ص ٤٢٠ ــ مونييه : فقرة ٢٧ ــ جيفار : فقرة ٣٢٠

(٦) جاستون ماى : فقرة ١٧٥ ــ مونييه : فقرة ٢٧ ــ جيفار : فقرة ٣٢٠

(٧) مونييه : فقرة ٢٨ ــ جيفار : فقرة ٣٢٠

أما الدعوى المدنية فقد نشأت فى مرحلة لاحقة لنشأة الدعوى الجنائية، وهى تخول المجنى عليه المطالبة برد الشيء أو قيمته. وقد عرفت هذه الدعوى بصفة خاصة فى جريمة السرقة كما عرفت أيضا فى الالتزامات الناشئة عن العقود[١]. هذه الدعوى المدنية - بخلاف الدعوى الجنائية - كانت ترمى أساسا الى اعادة التوازن بين الذمم وتقتصر على جبر الضرر الناتج عن فقد الشيء، ولذلك فلم يكن يجوز الجمع بين أكثر من دعوى مدنية واحدة، ولكن يجوز الجمع بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية، ولذلك فان هذه الدعوى المدنية كانت ذات هدف مدنى واضح يطابق هدف التعويض المدنى بمعناه الحديث[٢].

وقد كان منطق التطور يقضى بازدهار هذه الدعوى المدنية على حساب الدعوى الجنائية التى كان يجب عليها التراجع لصالح فكرة العقوبة العامة، وأن يكون التقابل بين الدعويين كاملا.

ولكن مع ذلك تجد أن هذه الدعوى المدنية لاتؤدى الى القول بأن القانون الرومانى قد فصل بين الفكرة الحديثة للتعويض وفكرة العقوبة[٣]. فمنذ نهاية العصر الكلاسيكى بدأ التطور يمهد لظهور دعوى ثالثة تجمع بين صفات الدعوى المدنية والدعوى الجنائية[٤] وفى عهد الامبراطورية السفلى ظهرت الدعاوى المختلطة التى تجمع بين صفات الدعوى المدنية والدعوى

---

(١) جيفار : فقرة ٢٠ - مونييه : فقرة ١٩٣

(٢) اورلياك وملافوس : فقرة ٣٧١ - جيفار : فقرة ٣٢٠ - مازووتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٢١ - على انه وان كانت الدعوى المدنية تحمل فى البداية بعض الصفات التى تباعد بينها وبين التعويض كعدم جواز استمرارها فى مواجهة ورثة الجانى عن عمل مورثهم، فان الانتقال السلبى قد تقرر فيما بعد.

(٣) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٢١

(٤) جيفار : فقرة ٣٢٠ - مونييه : فقرة ٢٨

الجنائية فى ذات الوقت [1] .

هذه الدعوى المختلطة التى أنشأها قانون اكويليا كانت ، كما سبق البيان ، تهدف الى تعويض المضرور فى الاعتداءات الواقعة على المال، بغرامة تجاوز قيمة الشىء موضوع الاعتداء . وقد اعتبرها الفقهاء دعوى مختلطة لما كانت تحمله من صفات الدعوى الجنائية والدعوى المدنية فى ذات الوقت. فالصفة الجنائية تظهر فى هذه الدعوى فى ذلك التجاوز عن مدى الضرر وفى عدم جواز الجمع بينهما وبين الدعوى الجنائية . والصفة المدنية تبرز فى عدم جواز الجمع بينها وبين الدعوى المدنية وفى عدم جواز تعدد الدعوى المختلطة بتعدد الجناة [2] .

٢٠ ــ ومن هذه الدراسة للجرائم الخاصة والدعاوى المقررة عنها فى القانون الرومانى يمكن استخلاص الخصائص التى تمكننا من تحديد العقوبة الخاصة وطبيعتها فى هذا القانون. فبعض هذه الخصائص كانت تتحدد بالغرامة المالية عن التعويض بالمعنى الذى نعرفه اليوم وتضفى عليها نوعا من الصفة الجنائية. فهذه الغرامة المالية كانت، كقاعدة عامة ، تجاوز مقدار الضرار [3] . وهــذه الغرامة كانت كما رأينا تتعدد بتعدد الجناة مما كان يحمــل معنى العقوبة لكل منهم. كما كانت هذه الغرامة تجتمع مع رد الشىء أو قيمته فلا يقف الامر اذن عند جبر الضرر بل يتجاوزه الى عقاب الجانى وخاصــة فى جريمة السرقة. واضافة الى ذلك كانت هــذه الغرامة تتميز بالشخصية فى الالتزام بها وفى اقتضائها أى أنها لم تكن تنتقل سلبيا أو ايجابيا الى الورثة.

---

(١) اوروليان وملافوس : فقرة ٣٦٨ ، ٣٧١ – مونييه : فقرة ٢٨ – جيفار : فقرة ٣٢٠ .

(٢) مونييه : فقرة ٢٨ – جيفار : فقرة ٣٢ .

(٣) مونييه : فقرة ٢٨

ومن ناحية أخرى فان أساس التصاعد فى قيمة الغرامة المالية كان سوء النية أو التلبس أو الانكار أو رفع الدعوى خلال سنة وكلها عناصر تتعلق بردع الجانى حسب مدى رد الفعل الذى أثارته الجريمة فى شعور المجنى عليه .

ولعله مما يؤكد أيضا الصفة الجنائية لهذه الغرامة المالية أنه فى الاحوال التى قررت فيها الدولة صفة الجريمة العامة لبعض الجرائم الخاصة ، فان المجنى عليه كان بالخيار بين رفع الدعوى العمومية بطلب انزال عقوبة بدنية بالجانى ، وبين اقتضاء الغرامة المالية ، ولم يكن هناك بذلك جمع بين العقوبة العامة والخاصة مما كان يشير الى أن توقيع احداهما يكفى لانزال العقاب بالجانى .

على أن هذه الغرامة المالية فى القانون الرومانى تظل مع ذلك متميزة عن العقوبة الجنائية فى العصر الحديث . فالعقوبة الجنائية بالمعنى الحديث تنصرف الى هذا الجزاء الذى توقعه الدولة وتقتضيه عن فعل يهدد الكيان الاجتماعى ، ويتحدد مدى هذا الجزاء بمدى خطورة الفعل ذاته من وجهة نظر المجتمع . أما العقاب الذى كانت تؤديه الغرامة المالية فى القانون الرومانى فكان يتم لصالح المجنى عليه وحده ويتحدد فى مداه ، لا بمدى الخطورة الاجتماعية للفعل ، ولكن بمدى ما يثيره فى نفس المجنى عليه من رد فعل وتحفز تجاه الجانى ورغبته فى الانتقام منه[1] . فعنصر العقاب فى هذه الغرامة المالية لم يكن عقابا من المجتمع للجانى ولكنه عقاب من المجنى عليه لهذا الاخير .[2]

ومع ذلك فان هذه الغرامة المالية لم تكن تخلو من بعض خصائص تقترب بها من فكرة التعويض القائم على جبر الضرر . فهذه الغرامة تطورت فى القانون

---

(١) أودلياك وملانوس : ص ٣٨٠ ـ عمر ممدوح مصطفى : ص ٤١٨

(٢) عمر ممدوح مصطفى : ص ٤١٧

الرومانى من مبلغ محددة بنص القانون بتسعيرة محددة لكل جريمة بنوعها الى مبلغ يضع القانون أساس تقديره بحيث يتفاوت حسب مدى الضرر[1] . وهو ما يتبين من أن الغرامة أصبحت فى جريمة الاعتداء تقدر حسب مدى الضرر بجانب سوء نية الجانى ، وفى جريمة السرقة بضعف أو أربعة أمثال الشيء المسروق ، وفى جريمة الاعتداء على مال الغير بأعلى قيمة بلغها الشيء فى الشهر أو السنة السابقة على ارتكاب الجريمة .

وهذه الغرامة كانت دائما مبلغا من المال يمنح للمضرور حتى فى المراحل التى عرف فيها القانون الرومانى فكرة الجريمة العامة والعقوبة العامة. بمعنى أن هذا القانون أبقى على فكرة الغرامة المالية لصالح المجنى عليه حتى بعد أن قويت سلطة الدولة وبدأت تمارس حقها ووظيفتها فى العقاب .

ومن الخصائص التى كانت تقترب بالغرامة المالية من فكرة التعويض أنه فى حالة الاعتداء على جسم الانسان وحيث لم تكن هناك دعوى مدنية فان المجنى عليه كان يمنح هذه الغرامة على أساس منزلته الاجتماعية ومدى ما أصابه من ضرر الى جانب سوء نية الجانى ، كما أنه فى حالة الاعتداء على مال الغير كانت الغرامة تتحدد فى قانون اكويليا بأعلى قيمة بلغها الشيء فى الشهر أو السنة السابقة على ارتكاب الجريمة مما قد يشير الى الرغبة فى جبر الضرر بصورة كاملة بحيث لا يتعرض المضرور لأية خسارة تنتج عن تقلب قيمة الشيء محل الاعتداء. وقد تأكد الصفة التعويضية للغرامة فى هذه الحالة الاخيرة من أن المضرور كان يجب عليه الاكتفاء بهذه الغرامة ولا يجوز له الجمع بينها وبين الدعوى المدنية . كما لم يكن يجوز له الجمع بين أكثر من دعوى من دعاوى قانون اكويليا ولو تعدد الجناة ، كما لم يكن يجوز له الجمع بين دعوى قانون اكويليا والدعوى

---

(١) مونييه : فقرة ٢٨

الجنائية . هذه الصفة التعويضية للغرامة المالية تتأكد أيضا من تطور القانون الرومانى نحو الاعتداد بالكسب الفائت والخسارة الواقعة فى تقدير الغرامة، فاذا نتج عن الجريمة مقتل العبد فان الجانى لا يلتزم بقيمة العبد فحسب بل يلتزم أيضا بأداء قيمة ما فات على المالك من ثروة كان يتوقعها من بقاء هذا العبد حيا كما لو كان الغير قد أوصى له بميراث معين .

٢١ — واذا كان الامر كذلك فهل يمكن اعتبار نظام الغرامة المالية فى القانون الرومانى نظاما للتعويض المدنى يأخذ بالاتجاه الشخصى فى التقدير أو بالوظيفة العقابية للمسئولية المدنية ؟

يذهب ايهرنج الى تأكيد ذلك بقوله « أن هناك حقيقة ثابتة من دراسة القانون الرومانى ، وهو أنه ليس هناك عقوبة لا تستند الى الخطأ وأن حفظ التوازن بين درجة جسامة العقوبة وبين درجة الخطأ كان هو المهمة الاولى للعدالة»[1] . ثم يعبر ايهرنج عن اقتناعه بأن القانون الرومانى كان يأخذ بالاتجاه الشخصى فى تقدير التعويض بقوله «أنه لم يكن يكفى أن يكون هناك خطأ وضرر فان ذلك الذى يسبب ضررا للغير بعمد لا يفلت من تعويض كامل، فهو كان يعرف ويرغب ما يفعل . ان مقياس الخطأ يحدد مقياس المسئولية، فالغش يلزم بصفة مطلقة بكافة التعويضات . أما الذنب فانه لا يلزم بالتعويض الا فى حدود معينة . ان أفكار الفقهاء الرومان كانت تتجه الى الموازنة بين الخطأ والعقوبة وهذه الفكرة كانت احدى الأفكار التى سادت نظرية التعويض فى القانون الرومانى . حقيقة أن أحدا من الفقهاء الرومان لم يعبر عن هـذه الفكرة صراحة ولكنه كان من المؤكد أن دقة الفحص تشير الى أن محور أفكار الفقهاء الرومان كان يدور حول هذه الفكرة من أن مسئولية ذلك الذى أضر بالغير بعمد تختلف

---

(١) ايهرنج : الخطأ فى القانون الخاص : ص٩ (ترجمة مولينيير)

عن مسئولية ذلك الذى تصرف بغير عمد[1] » .

على أنه يبدو وأن هذا الرأى كان متأثرا بموقف ايهرنج فى الدفاع عن فكرة العقوبة الخاصة فى القانون الحديث فى مؤلفاته الاخرى ومحاولة تأصيل الاتجاه الشخصى أو الوظيفة العقابية للتعويض بالاستناد الى أفكار القانون الرومانى. وهذا الرأى قد لايتفق مع روح القانون الرومـانى الذى لم يكن يشترط الخطأ لتقرير مسئولية الفاعل عن الفعل الضار بل كان يكتفى بمجرد التعدى ولو عن غير قصد أو اهمال[2] . كما أن فكرة انتقام المجنى عليه من الجانى كانت محل اعتبار هام فى تحديد الجزاء عن الفعل الضار فى هـذا القانون[3] ، وهذا ما أقره ايهرنج بقوله ان هدف قواعد القانون الرومانى هو مواجهة الفعل برد فعل من نفس مادته اذ كان هذا القانون يقابل الضرر أيا كان مصدره ولو دون خطأ أو قصـد بضرر مشابه بل أشد ، ولو كان مصدر الضرر حيوانا أو غير عاقل أو جمادا. وكانت عناية القانون منصبة كلها على مادة الفعل وعلى أثره المادى وضرره الواقعى دون التفات الى شخص الفاعل. فقد كانت الانظمة القانونية الرومانية دليلا على سيطرة روح الانتقام الأعمى على قواعد القانون[4] .

وحقيقة الأمر على ما نعتقد أن الغرامة المالية فى القانون الرومانى كانت تؤدى وظيفة العقاب الجنائى والتعويض فى ذات الوقت . عقاب المجنى عليه الجانى وتعويض هذا الاخير لما أحدثه من ضرر بفعله . وهذه الغرامة المالية كانت

---

(١) نفس المرجع : ص ٦٣ وما بعدها .
(٢) اورلياك وملافوس : المرجع السـابق فقرة ٢٥٠. ص ٢٥٠.
(٣) نفس المرجع : فقرة ٣٤٥ ص ٣٨٣
(٤) ايهرنج : الخطأ فى القانون الخاص : ص ١١ – ١٥

تستوحى فى تقديرها مدى مايثيره الفعل الضار فى نفسية المضرور من تحفز وحقد تجاه الجانى ومدى ماينتج عن الفعل من ضرر مادى .

حقا أن الاتجاه الشخصى فى تقدير التعويض ينادى بتأثر التعويض فى تقديره بمدى جسامة الخطأ ولكن هذا الاتجاه كان يأخذ فى القانون الرومانى معنى غاية فى التطرف والبدائية وهو التأثر فى تقدير التعويض بمدى ما يشبع رغبة المضرور فى الانتقام من محدث الضرر لا مدى الذنب الذى صدر من الفاعل .

فالعقوبة الخاصة فى القانون الرومانى تعرف فى الواقع عنصرين أساسين: العنصر الاول يتمثل فى اشباع رغبة المضرور فى الانتقام من الجانى بعوض مالى يتفاوت فى مداه حسب مدى هذه الرغبة وهذا العنصر كان له مقام الصدارة ، والعنصر الثانى تعويض المضرور بما لحقه من ضرر وهو عنصر وان كان يأتى فى المقام الثانى الا أنه كان محل اعتبار هام أيضا حيث لم تكن العقوبة الخاصة تقل فى أى فرض من الفروض عن مدى الضرر . فاذا مافترت رغبة المضرور فى الانتقام ، كما فى حالة رفع الدعوى بعد سنة من ارتكاب جريمة السرقة ، فان العقوبة الخاصة كانت تحدد بمقدار الضرر وحده .

المبحث الثالث

مفهوم التعويض فى القـانون الفرنسى القـديم

٢٢ ـ استمرار نظام الجرائم الخاصة ٢٣ ـ التميز عن القانون الرومانى ٢٤ ـ تأثير الفقه الكنسى ٢٥ ـ استخلاص قواعد المسئولية المدنية

٢٢ ــ لم تندثر فكرة العقوبة الخاصة بالشكل الذى قدمه القانون الرومانى بانهيار الامبراطورية الرومانية ، بل ظلت قائمة بملامحها لعدة قرون أخرى فى عهد القانون الفرنسى القديم •

فقد واجه هذا القانون فى مراحله الاولى مشكلة المسئولية عن العمـل غير المشروع على النحو الذى سار عليه قانون الالواح الاثنى عشر فى عهـد الرومان [١] ، فأخذ بفكرة الجريمة الخاصة والغرامة المالية كجزاء لها • فالعدل الضار بالفرد سواء فى جسمه أو شرفه أو ماله ، يجيز له ــ متى كان منصوصا عليه فى القانون كجريمة خاصة ــ أن يباشر دعواه الخاصـة تجاه محدث الضرر ليحصل على دية أو عقوبة خاصة محددة قانونا لكل جريمة بنوعها • وبذلك فان المراحل الاولى فى تطور القانون الفرنسى القديم تتصل بمرحلة الدية الاجبارية حيث كانت المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية شيئا واحدا وحيث الجزاء هو العقوبة الخاصة [٢] •

ففى أوائل القرن السـابع بعـد الميلاد صـدر قانون يعـرف باسم (Loi Salique) يقع فى ٦٥ مادة منها ٥٠ مادة حددت الجرائم المختلفـة

---

(١) ديموج : التعويض المـدنى للجرائم ص ٧ وما بعـدها ـ مازووتنك : المسئولية المدنية ، ج ١ فقرة ٣٤ ــ سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ٣٩

(٢) Lepointe (Gabriel) : Les obligations en ancien droit francais, 1958, p. 11 et s. ــ مازووتنك : المسئولية المدنية ج ١ ، فقرة ٣٤ ــ

وقدرت لكل منها دية محددة بدقة . وكان الردع في هذا القانون موضوعيا بحتا ، بمعنى أن الفعل المادى وحده هو الذى كان يخضع للردع دون بحث ذاتى عن الذنب (culpabilité) كشرط لازم لقيام الجريمة ، وذلك على النهج الذى سار عليه القانون الرومانى القديم . على أن الغرامة كانت تقدر فى كل جريمة حسب جسامتها من ناحية وحسب ظروف المجنى عليه ان كان سيدا أو عبدا ، أجنبيا أو وطنيا ، من ناحية أخرى . وكان جزء من المبلغ المدفوع من مرتكب الجريمة يذهب الى الملك بصفة غرامة (fredus) والباقى يمثل التعويض (faidus) المستحق للمضرور أو عائلته . وفى حالة السرقة كان السارق يلتزم بأن يدفع علاوة على ثمن الشىء المسروق تعويضا آخر يسمى (d.latura) ، يبدو أن القصد منه كان تعويض الحرمان من المنفعة . وتقوم المسئولية الجماعية — أى تضامن الاسرة للانتقام من الجانى — فى حالة عدم دفع الدية أو تعذر دفعها أو عدم قبولها .

وبعد ذلك صدر قانون آخر يعرف باسم (la loi des Visigoths) تضمن هو الآخر تعريفات للدية ، خاصة فى الجرائم الواقعة على الاموال . وكانت العقوبات الشخصية به كثيرة ، وقد تميز عن القانون السابق عليه بأنه كان يعتد بالنية الاجرامية لتكييف الجريمة ، ولتحديد مدى الجزاء الذى كان يمكن أن يكون بالضعف أو بثلاثة أضعاف ، مما كان يعكس بدوره تأثير القانون الرومانى [1] .

ومع ذلك فان العلاقة بين الجانى والمجنى عليه لم تكن علاقة مديونية بالتعويض على النحو الذى نعرفه فى القانون الحديث . فقد كان الجانى خاضعا لسيطرة المجنى عليه وانتقامه ، فله أن يجرحه أو يسترقه أو يبيعه . وهذا ما يكشف عن الطبيعة الجنائية للالتزام الناتج عن الجريمة فى القوانين

---

(١) اورلياك وملافوس : المرجع السابق ، فقرة ٣٧٤ و٣٧٥

الجرمانية[1].

ورغم وجود نطاق ضيق للالتزامات الناشئة عن المبادلات فان الالتزامات الناتجة عن الجرائم كانت تمثل النطاق الأعم فى هـذه المرحلة من القوانين الجرمانية[2]. ونظرا لتأخر ظهور فكـرة الالتزام بالمديونيـة فى القوانين الجرمانية القـديمة ، فان علاقة الانتقام كانت هى الطابع المميز للكثير من العقوبات الخاصة المحددة للجرائم ، اذ كانت هـذه العقوبات فى جوهرها بديلا للانتقام ، وللمجنى عليه وحده أو أولياء دمه حق المطالبة بها أو تتبعها. وقد ظلت هذه الصفة ملازمة للعقوبة الخاصة فى هذه القوانين حتى مع قيام نظام بدائى للردع العام الجنائى ، ولم تفقد العقوبات الخاصة هذه الصفة الا بفقدان الافراد حق تتبع الجرائم والاستعاضة عنه بالتزام مدنى ناتج عن الجريمة فى المراحل المتأخرة من القانون الفرنسى القديم[3].

٢٣ - ومع ذلك فان هذه المرحلة من مراحل القانون الفرنسى القديم لم تكن تطابق منهج القانون الرومانى بصفة مطلقة. فالقانون الرومانى رغم اعتناقه للمذهب الشخصى المتطرف فى تحديد الجزاء المترتب على الفعل الضار الذى يلحق بالشخص فى جسمـه أو فى ماله وترجيحـه لعنصر الارضاء الشخصى وتهدئته ثورة المضرور ورغبته فى الانتقام على حساب عنصر الضرر، عرف فى بعض مراحله ، كما سبق القول ، تمييزا بين الدعاوى الجنائية البحتة وموضوعها الحصول على العقوبة الخاصة وبين الدعوى الناشئة عن الاشياء

---

(١) Fabio Konder Comparato : Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, thése, Paris, 1964, no 150.

(٢) Lepointe et Monier : Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit francais, Paris, 1954, p. 44 et s.

(٣) فابيو كوندر كامبارتو : المرجع السابق ، فقرة ١٥٠.

(action reipersécutoire) التى تهدف الى الحصول على الشىء أو قيمته•
ولكن هذا التمييز كان في القانون الرومانى نظريا بحتا لم يأخذ قدره من
حيث التطبيق العملى بسبب العمل بنظام الدعاوى المختلطة وتدخل القانون
بتحديد مقدار التعويض بما يجاوز مدى الضرر•أما القانون الفرنسى القديم
فلم يقف بتطوره عند الحد النظرى شأن القانون الرومانى ، وانما تطور الى
النزول بهذه التفرقة الى التطبيق العملى وان كان ذلك فى نطاق معين•ففيما يتعلق
بالاضرار التى تلحق بالاموال تحولت دعوى المضرور الى دعوى تعويضية
بحتة ، بمعنى أن المضرور يقتصر على طلب اصلاح مالحقه من ضرر دون أن
يطلب مقابلا آخر للانتقام من محدث الضرر•أما فيما يتعلق بالاعتداء على
الشخص — على جسمه أو على شرفه — فان المضرور هنا لا يطلب تعويضا
وانما يطلب عقابا (punition) بدعوى كانت تسمى (الدعوى المدنية)[1] •
والقواعد التى تحكم هذه الدعوى كانت تظهر بوضوح أن المقصود منها
هو تهدئة ثورة المجنى عليه ومنعه من الانتقام ، حيث كان الشراح يشيرون
الى أنها ثمن الدم (prix de sang)، كما أن الحق فى هذه الدعوى لم يكن
ينتقل الى كل ورثة المجنى عليه ، بل الى هؤلاء الذين يتحدون معه بروابط
أوثق ، اذ أن الثأر يتعلق بالاسرة[2]•

على أن القانون الفرنسى القديم رغم تأثره بالافكار النظرية للقانون
الرومانى فيما يتعلق بالتعويض عن الفعل الضار ، أخذ يتطور بعد ذلك
تطورا ذاتيا مبتعدا عن القانون الرومانى •

---

(١)وكانت الدعوى التى تمنح للمضرور فى هذه الحالة تسمى اصطلاحا فى
القانون الفرنسى القديم دعوى الاصلاح المدنى (action en reparation civil)

(٢)مازووتنك : المسئولية المدنية ، ج١ ، فقرة ٣٥ — محمد ناجى ياقوت :
تعويض الضرر العاطفى ، رسالة من اكس ١٩٦٨ ، ص ٧٨ — ٨١

ففى حالة السرقة كان يمكن استرداد الشيء.وفى حالة الاعتـداء على الشخص فقد بدأت منذ القرن الخامس عشر تثور فكرة الاضرار المدنيـة وتعويضها.واذا كان الضرر أدبيا فقد كان يفرض على الجانى اقرار بالذنب (an.ende honorable) يمكن أن يكون أحيـانا ماليا.واذا كان الضرر واقعا على شيء ، فكان يرجع الى المبـادىء التى سبق أن أرساها قانون كويليا . ومع ذلك فكان هناك اختلافين أساسيين فى هذا الشأن :

فبينما القواعد الكلاسيكية للقانون الرومانى لاتقرر انتقـال الالتزام الناشيء عن الجريمة ، فان فقهاء القانون الفرنسى القديم ، بعد أن أقروا هذا المبدأ فى بداية الامر ، عدلوا عنـه بالزام الوارث بتعويض الاضرار التى ارتكبها مورثه . وقد جاء هذا التطور نتيجة لتأثير فقه الكنيسة.فوفقالهذا الفقه يرجع الى الوارث واجب خلاص روح مورثه من هذا الالتزام.وقـد تغلب هذا الحل الذى أوحى به القـانون الكنسى على النهضة التى شهدها القانون الفرنسى القديم والتى كانت ترمى الى احياء قواعد القانون الرومانى. وأصبح فى الامكان ممارسـة الدعوى المتولدة عن الجريمة فى مواجهـة الوارث ، لأن أموال المورث كانت مهمتها تطهير ذكراه . ولم يكن هناك الا استثناء وحيد يتعلق بالسب الشفهى الذى لم يكن الالتزام بالتعويض عنه ينتقل سلبيا أو ايجابيا .

وبينما قواعد القانون الرومانى كانت تقضى بتعدد العقوبة الخاصة بتعدد الجنـاة ، وأن أداء أحـدهم لهـذه العقـوبة لا يسقـط حـق المجنى عليه فى مطالبة كل من الباقين بعقوبة خاصة ، فانه فى القانون الفرنسى القديم أصبح جميع محدثى الضرر مسئولين بالتضامن (insolidum) وفقا للمبدأ الذى استقر فى القرن الخامس عشر من أن المسئولية عن الخطأ لا تتجزأ ، وأن الاداء يعـد وفاء للدين[1] .

---

(١) اورلياك وملافوس : المرجع السابق ، فقرة ٣٨١

٢٤ ـ وفى مرحلة تالية بدأت بوادر فكرة الخطأ تتخلل أفكار القانون الفرنسى القديم بفضل القانون الكنسى الذى وان كان قد مارس تأثيرا كبيرا على أفكار المسئولية ، الا أن هذا التأثير لم يكن محل دراسة كافية من الفقه[1] .فالمبادىء المسيحية بالرحمة والحب والاخوة كانت تنصب على الضمائر وبالتالى كانت ذات تأثير أخلاقى على القانون قبل أن يكون لها تأثير اجتماعى[2] . وبفضل الفقه الكنسى اتجه الامر نحو البحث عن النية وراء الفعل، اذ الحالة النفسية أو الروحية جوهرية للعمل (O pus reputatur profacto)[3] أى أن تطلب الذنب (culpa) كشرط لوصف الفعل بأنه عمل غير مشروع يتطلب الجزاء . وكان الذنب لدى الفقهاء الكنسيين يقترب من الخطأ الاخلاقى وكان الغش يعد خطيئة (péche) وكلاهما ملوم. وبذلك لم يكن هناك تمييز بين القانون والاخلاق أو بين الضمير والعمل الخارجى[4] .فذلك الذى تصرف بغش أو بسوء نية يكون مذنبا دون حاجة الى نص قانونى يحظر ما أتاه من ذنب ، فالخطأ فى هذا العصر كان قرينا للذنب الاخلاقى وبالتالى يجب التكفير عنه ـ الى جانب العقوبة العامة ـ باصلاح الضرر وذلك بغرض محو وصمة الذنب (Souillure)[5]

وفى نظر الفقه الكنسى يكون مذنبا أيضا ذلك الذى يسلك بعدم حيطة

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجييه : ج ٢ فقرة ٩٠٢

(٢) — Del Vechio : Philosophie du droit, 1953, p. 57 et S.
Robier : Théorie générale du droit, 1946, p. 97 et S.

(٣) أوبري ورو ... : المرجع السابق فقرة ٣٧٧

(٤) لبوانت : المرجع السابق ص ٤٠

(٥) (Paul) : La faute et sa place en la respon-abilité Revue trimestrielle de droit civil, 1949, p. 481.

أو بخفة دون أن يفكر فى الضرر الذى قد يحدثه للغير. ونتيجة لهذه النظرة الاخلاقية كان يجب اذن تقدير سلوك محدث الضرر وقياسه بمقياس اخلاقى. فمحدث الضرر باهماله يجب أن يعوض الضرر استنادا الى الفكرة الاخلاقية. ولذلك أيضا كان يجرى التميز بين الخطأ الاخلاقى الذى يفترض وعيا وارادة كافية والخطأ القانونى الذى يمكن أن ينتج عن عدم التفات بسيط، فالاخير يوجب فى حكم الضمير اصلاح الضرر الواقع اذا قرر القاضى ذلك [1].

ولذلك نجد بومنوار (Beaumanoir) من فقهاء القانون الفرنسى القديم يقرر أن المجانين لايسألون لأنهم لايعلمون ما يفعلون ، ولايسأل ذويهم الا عن سوء مراقبتهم ، وتسرى نفس القاعدة بالنسبة للاطفال. كما أن محدث الضرر يعفى من المسئولية كلية اذا كانت ارادته ليست حرة ، ولذلك يقرر بومنوار أن فقهاء القانون الكنسى درسوا فكرة الغلط وفكرة الضرورة، كما عرف بومنوار نفسه حالة الضرورة والقوة القاهرة بوضوح [2].

على أن هذا التطور لم يؤدى بذاته ــ كما يبدو لأول وهلة ــ الى استقرار فكرة المسئولية المدنية بالمعنى المعروف فى القانون الحديث وتميزها عن المسئولية الجنائية . فتفشى مبدأ مقابلة العدوان بمثله والسماح باحتجاز المدين أو الجانى وحبسه ، وشيوع أفكار الانتقام والغضب والمبارزة ونظام أخذ الرهائن ، وعدم الاستقرار السياسى الذى نشأ عن توالى الحروب والغزوات بين المقاطعات ، كل هذا أدى الى تأخر قيام المسئولية الفردية والى عدم التفرقة بين الخطأ الجنائى والخطأ المدنى وبقاء فكرة العقوبة الخاصة. هذا فضلا عن أنه من الناحية العملية لم يكن هناك بحث دقيق عن

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجييه ، ج ٢ فقرة ٩٠٢

(٢) أورلياك وملافوس : المرجع السابق فقرة ٣٧٧

النية وراء الفعل ، فكان لفظ (tortum) يشير الى الفعل المخالف للقانون ، ولفظ (directum) يشير الى الفعل غير المشروع والضار فى فى ذات الوقت[1] .

٢٥ ــ وقد سار القانون الفرنسى القديم فى مراحله الاخيرة الى نهاية الطريق فى سبيل استخلاص فكرة المسئولية المدنيـة ، ولكن بتطور بطىء نسبيا . فرغم أن الفقه فى المرحل المتأخرة من القانون الفرنسى القديم كان يعبر عن المسئولية بأن كل الخسائر وكل الاضرار التى يمكن أن تنتـج عن فعل أى فرد يجب أن تعوض من خلال الذى كان مخطئا ، فان الامر كان يتعلق بمبدأ الاسناد (imputabilité) أكثر منه بمبدأ السببية (causalité)[2]

ويبدو أن كلمة مسئولية لم تستخدم قبل القرن الثامن عشر . ففى القرن السابع عشر كان الكلام عن المسئول يعنى الملتزم بالتعويض (repondant ou garant) . على أنه فى القرن الثامن عشر أرسيت مبادىء الحرية وبالتالى أفكار المسئولية بالقول بأن كل انسان مسئول عن عمله (L'homme est garant de son fait) وهذه الرابطة بين الحرية والمسئولية تشير الى التطور حيث بدأ الاهتمام يبحث مسلك الفرد ومدى اهماله وعدم حرصه[3] .

والواقع أن تميز المسئولية المدنية واتخاذها الشكل الذى نعرفه اليوم لم يتم الا على يد فقهاء القانون الفرنسى القـديم المتأخرين الذين استغلت أفكارهم عن أفكار الفقه الكنسى . ففى المراحل الاخيرة للقانون الفرنسى القديم اتجه الفقه الى الفصل التام بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية ؛

---

(١) اورلياك وملافوس : المرجع السابق فقرة ٣٧٨
(٢) نفس المرجع ، فقرة ٣٧٩ .
(٣) نفس المرجع

وذلك عن طريق استبعـاد فكـرة العقوبة تماما من نطـاق التعـويض المـدنى والتفرقة بين الخطـأ الجنائى والخطـأ المـدنى ، مع التغاضى عن أفكار الانتقام ، بحيث أصبح الامر يتعلق بجبر الضرر جبرا كاملا دون أى اعتبار آخر وخاصة ما تعلق منه بمدى جسامة الخطأ[1] .

هذا المبدأ الجديد يمكن استخلاصه من أقوال الفقيه دوما (Domat) أحد كبار فقهاء القانون الفرنسى القديم فى مؤلفه (القوانين المدنية) حيث أفرد فيه فصلا خاصا جعل عنوانه «فى الأضرار التى تنشأ عن أفعال لاتكون جناية أو جنحة» . وهو يميز بين الخطأ الجنائى والخطأ العقـدى والخطأ التقصـيرى ، ثم هو يؤكد أن كل الخسائر وكل الأضرار التى تقع بخطـأ الشخص ، مهما كان هذا الخطأ يسيرا ، تلزمه بالتعويض عنها .

وظاهر من ذلك أن دوما استولى على فكرة الخطأ التى كانت قد ظهرت من قبله باعتبارها أساسا للمسئولية فى الافعال الضارة بالاموال ، فعممهـا حتى أمكنه أن يصوغ منها مبدأ عاما يجعل الفرد ملزما بالتعويض عمايسببه بخطئه من أضرار للغير[2] .

وهكذا تم فى أواخر عهد القانون الفرنسى القديم استقلال المسئوليـة المدنية عن المسئولية الجنائية ، واكتمل لها كيان خاص وتقرر فى شأنها مبدأ عام يغنى عن النص على مختلف الحالات ، وأصبحت قاعـدة أن لاجريمة ولاعقوبة الا بنص قاصرة على المسئولية الجنائية أما المسئولية المدنية فصار يكفى لتحققها ارتكاب أى خطأ يسبب ضررا للغير. وأصبحت القاعدة فى شأنها أنه لامسئولية بغير خطأ . وفى هذا يقول دوما «أنه اذا نشأ أى ضرر غير متوقع من فعـل

---

(١) لبوانت : المرجع السابق ، ص ٣٩ و ٤٠

(٢) سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ٣٩ ص ٨٠

بریء لایمکن نسبة أی خطأ الی فاعله فلا یکون الفاعل مسئولا عنه »[1] •

كذلك فقد أصبح التعويض المـدنی مستقلا تماما عن العقوبة وبالتالى أصبح مقياسه الوحيد هو مدى الضرر دون أى اعتبارات أخرى • وهكذا انتهى القانون الفرنسى القديم بجزاء المسئولية من الاتجاه الشخصى المتطرف الى ارساء مبادیء الاتجاه الموضوعی •

---

(١) سليمان مرقس : المرجع السابق فقرة ٣٩ ص ٨٢

الفصل الثانى

المفهوم الاصلاحى للتعويض فى الشريعة الاسلامية والتقنينات الوضعية

٢٦ – لم تكن المراحل الاخيرة للقانون الفرنسى القديم هى وحدها التى عرفت فكرة جبر الضرر كوظيفة وحيدة للمسئولية المدنية . فقد سبق أن عرفت الشريعة الاسلامية هذه الوظيفة فى فكرة الضمان التى صاغ منها الفقه الاسلامى نظرية متكاملة . ولم تأخذ فكرة جبر الضرر مكانها من التشريع الا بوضع التقنين المدنى الفرنسى فى عام ١٨٠٤ ، كما أخذت هذه الفكرة مكانها أيضا بوضوح فى التشريع المصرى بوضع التقنين المدنى المصرى الجديد .

وندرس سيطرة فكرة جبر الضرر فى مبحثين

المبحث الاول مفهوم التعويض فى الشريعة الاسلامية

المبحث الثانى . مفهوم التعويض فى التقنينات الوضعيه .

المبحث الاول

مفهـوم التعويض فى الشريعة الاسلامية

٢٧ — حق الله وحق العبد ٢٨ — طبيعة القصاص ٢٩ — الجزاءات المالية عن الاعتداء على حق العبد ٣٠ — طبيعة الدية ٣١ — الارش وحكومة العدل ٣٢ — الضمان ٣٣ — الغصب ٣٤ — الاتلاف ٣٥ — تقـــدير التعـويض ٣٦ — موضوعية التعويض فى الشريعة الاسلامية .

٢٧ — ان الذى يعنينا من دراسة فكرة الجزاء فى الشريعة الاسلاميـه هو الوقوف على طريقة معالجة الفقـه الاسلامى لآثار الفعل الضار الذى يلحق بالفرد فى جسمه أو فى ماله ، بالمقارنة مع فكرة العقوبة الخاصة التى عرفتها الشرائع السابقة .

وقد تناول الفقه الاسلامى نظرية الجزاء عن الفعل الضار بطريقة تتسم بالموضوعية وبنظرة اجتماعية متقدمة ، فتخلى عن التأثر بفكرة الانتقام فى تقدير الجزاء . كما عنى الفقه الاسلامى أيضا بوضع تقسيمات وقواعد كليه لانواع الجزاء دون التقيد بفكرة تعداد الجرائم الخاصة التى كانت سائدة فى الشرائع القديمة .

والاساس الذى يستند اليه فقه الشريعة الاسلامية للتفرقة بين مايمكن أن نسميه مجازا المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية ، هو ماذا كان العمل غير المشروع واقعا على حق الله أو على حق العبد .

وحق الله مايتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد ، فينسب الى الله الى

لعظم خطره وشمول نفعه .[١] والاعتداءات التى تقع على حق من حقوق الله تدخل فى فكرة الجريمة العامة وجزاؤها عقوبة عامة .[٢] والعقوبة العامة فى الشريعة الاسلامية لايجوز فيها العفو أو الابراء أو الصلح ويفوض استيفاؤها للامام ويجرى فيها التداخل فلا تتكرر اذا تكررت الجناية وتتنصف بالرق ولا يجرى فيها الارث ولا تنتقل الى ورثة الجانى[٣] .

أما حق العبد فهو ما تتعلق به مصلحة خاصة ، كالاعتداء الذى يقع على الجسم أو المال وجزاؤه القصاص أو الدية فى الاعتداءات الجسمانية والضمان فى الاعتداءات الواقعة على المال فحق العبد اذن يدخل فى منطقة القانون الخاص.والجزاء المقرر للاعتداء على حق العبد هو الذى يعنينا فى هذه الدراسة .

---

(١) حقوق الله ثمانية : عبادات خالصة كالايمان ، وعقوبات خالصة كالحدود، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث ، وحقوق دائرة بين الامرين كالكفارات، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر ،ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر ، ومؤونة فيها معنى شبه العقوبة كالخراج ،وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم (عبدالرزاق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ،ج١ ،١٩٦٧ ،ص٤٧ - سليمان مرقس المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ج ١ ، ١٩٧١ ، فقرة ٢٥ .

(٢) العقوبات العامة فى الشريعة الاسلامية هى الحد والتعزير فى حقوق الله والكفارة والحرمان من الميراث. والحد هو عقوبة مقررة واجبة حقا لله تعالى وهى قطع اليد فى السرقة والرجم والجلد مائة فى الزنا ، والجلد ثمانين فى الشرب ،والجلد ثمانين فى السكر ،والجلد ثمانين فى القذف. ويضاف الى هذه الحدود حد قاطع الطريق . والتعزير فى حقوق الله يكون فى جناية فى حق الله ليس لها حد مقرر فى الشرع ويقع بالحبس والضرب والكهر والاستخفاف بالكلام . أما الكفارة فتجب فى القتل الخطأ ، وهى عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل فان لم يكن ممكنا فالصيام شهرين متتابعين وفى حالة العجز اطعام ستين مسكينا. اما الحرمان من الارث فيوقع على القاتل ان كان يرث من المقتول (عبدالرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ص ٤٨ - سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ١٠١ هامش ١ ، ٢ ، ٣) .

(٣) عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ص ٤٨

٢٨ — على أنه فيما يتعلق بالقصاص يذهب رأى الى أنه يجمع بين الحقين ، حق الله وحق العبد ؛ ولكن حق العبد غالب ، فيلحق بحقوق العبد. ولذلك فهذا الجزاء يعد عقوبة خاصة [١] ويبدو أن هذا الرأى لايقصد من اطلاق صفة العقوبة الخاصة على القصاص، ذلك الجزاء الذى يجمع بين العقوبة والتعويض، بدليل أنه يقسم الجزاءات فى الشريعة الاسلامية الى عقوبة خاصة وضمان وجزاء يدور بين العقوبة والتعويض. ونعتقد أنه يقصد من الحاق القصاص بفكرة العقوبة الخاصة أنه جزاء يجوز فيه الصلح والابراء ويتوقف اقتضاؤه على طلب المجنى عليه أو وليه [٢] .

ويذهب رأى آخر الى أن القصاص يعد عقوبة خاصه يجتمع فيها معنى العقوبة ومعنى التعويض [٣] . ويبدو أن سند هدا الرأى أن القصاص جزاء لاعتداءات تعد جرائم خاصة ، تختلط فيه المسئولية الجنائية بالمسئولية المدنيــة .

ونعتقد أن القصاص فى الشريعة الاسلامية لايدخل فى فكـرة العقوبة الخاصة ولكنه يتعلق بفكرة العقوبة العامة كما سبق البيان [٤] . وأن توقف اقتضاؤه على رغبة المجنى عليه أو وليه لايرفع عنه الصفة الجنائية الخالصة [٥] .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ص ٤٧ — ٤٩

(٢) نفس المرجع ، ص ٤٩

(٣) سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ٥ .

(٤) انظر فقرة ١٦ . ويلحق بالقصاص فى طبيعته التعزير فى حقوق العبد وهو يجب فى جناية ليس لها حد مقرر فى الشرع ويحدد الحاكم مقداره من ضرب أو حبس أو كهر أو استخفاف فى الكلام ويقع فى جناية من حقوق العبد .

(٥) ويجب القصاص فيما تمكن فيه المماثلة بين المحلين لقوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن

والقاعدة أنه اذا كانت الجريمة العامة من شأنها الاعتداء فى ذات الوقت على حق للعبد ، كالسرقة ، فان الجانى يلزم أيضا بالضمان الى جانب توقيع الحد عليه [1] ، أى أن العقوبة العامة لاتمنع من اقتضاء الجزاء المدنى. على أنه يلاحظ مع ذلك أن القصاص والدية لايجتمعان . فاذا وجب القصاص وتمسك به المجنى عليه أو وليه ، لم يجز لهما المطالبة بالدية ، واذا اختارا الدية وجب عليهما أولا التنازل عن الحق فى القصاص [2].

٢٩ — أما الجزاءات المالية التى تتقرر عن الاعتداء على حق العبد فتختلف حسب ما اذا كان الاعتداء واقعا على النفس أو واقعا على المال.

ففى الاعتداء الذى يقع على النفس أو الجسم فان الجزاء ، عدا التعزير والقصاص ، يتمثل فى الدية والارش وحكومة العدل.

= والسن بالسن والجروح قصاص» ، والقصاص يجب فى القتل العمد وفى الجناية عمدا على ما دون النفس اذا امكنت المماثلة بين المحلين فى المنافع والفعلين (عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ص٤٩) وقد قيد فقه الشريعة الاسلامية القصاص بقيود متعددة حصرته فى نطاق ضيق جدا. فيشترط لتوقيع القصاص الى جانب العمد والمماثلة فى المحلين ان يكون الفعل العمد المكون للجريمة مباشرة لاتسببا اى ان يكون هذا الفعل هو ذاته مساسا بحق المجنى عليه فلا يتخلل بينه وبين ذلك المساس فعل آخر ، بل ويجب أيضا فى القتل العمد ان تكون مباشرته بأداة من شانها احداث القتل والا كانت الدية هى الواجبة لا القصاص. واضافة الى ذلك فان القصاص لايقبل التجزئة بحيث يمنع تطبيقه وتستحق الدية اذا تعدد الجناة وامتنع القصاص بالنسبة لاحدهم لفقده التمييز او غير ذلك من الاسباب التى ترفع المسئولية كالدفاع الشرعى وحالة الضرورة. ويسقط حق القصاص بالعفو من المقتول قبل وفاته او من احد أولياء دمه ان تعددوا وبالصلح على دية (سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ٥٠).

(١) سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ٥١ .

(٢) نتائج الافكار فى كشف الامور والاسرار (تكملة فتح القدير) للقاضى زاده ، جزء ٨ الطبعة الاولى ١٣١٨ هـ ص٢٧٥ .

وتجب الدية [١] فى القتل غير العمد . فاذا وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد، تتحملها العاقلة [٢] واذا وجبت بغير ذلك وجبت فى مال القاتل، فلاتعقل العاقلة الصلح ولا الاقرار ولا العمد [٣] .وتجب الدية أيضا فى الجناية على ما دون النفس من غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة .

والارش هو الدية الجزئيــة التى تستحق من الدية المقررة شرعا عن عضو تمكن فيه المماثلة اذا تعدد هذا العضو وأصيب بعضه دون البعض ، فلا تجب الدية الا بنسبة ما أصيب [٤] .

أما حكومة العدل فتكون فى الجناية على مالاتمكن فيه المماثلة ، عمدا كان ذلك أو غير عمد.ويترك تقدير الجزاء فيها للقاضى [٥] .وحكومة العدل لاتتحملها العاقلة مطلقا بل يتحملها محدث الضرر فى ذمته [٦] .

٣٠ ـ وقد فسرت الدية والارش وحكومة العدل بدورها ، على أنها جزاءات تجمع بين العقوبة وجبر الضرر.ويبدو أن سنــد هذا التفسير أن

---

(١) الدية مائة من الابل او الف دينار او عشرة الاف درهم .

(٢) عاقلة الشخص هى قبيلته وهومنها .

(٣) تكملة فتح القدير ، جزء ٨ ص ٤١٣ .

(٤) ومن ثم تجب نصف الدية فى اليد الواحدة ، وربعها فى احد اشفار العين الاربعة ، والعشر فى الاصبع ، ونصف العشر فى السن (عبد الرزاق السنهورى: المرجع السابق ، ص٥١) .

(٥) وتكاد حكومة العدل ، كمبدأ عام يقرر ان كل ضرر يصيب الجسم يلزم مرتكبه بالتعويض ، اذا اضيفت الى مبــدأ الضمان كجزاء عن الاضرار التى تصيب الاموال ، انتشكل نظرية متكاملة للمسئوليــة المدنية فى الشريعــة الاسلامية من ان كل ضرر غير مشروع يلحق بالجسم أو المال يوجب التعويض (عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ص٥٢)

(٦) شرح الدر المختار : محمد علاء الدين الحصفكى ، جزء ٢ ص ٧١٢

هذه الجزاءات تقوم مقام العقوبة العامة ولا تجتمع معها فى الجرائم الواقعة على النفس أو الجسم وأنها تؤدى فى ذات الوقت وظيفة التعويض المالى للمضرور أو ورثته[1] .

ويجب لتحديد طبيعة الدية البدء بالمساواة بين الدية البديلة للقصاص اذا وجب هذا القصاص وتنازل عنه المجنى عليه أو ولي دمه مقابل الدية ، والدية التى تجب ابتداء عند امتناع القصاص ، اذا يبدو أن الامر واحد فى الحالتين ، اذ الدية البديلة للقصاص والدية الواجبة ابتداء ، تنتهيان الى نص القاعدة وهى أن الدية والقصاص لايجتمعان ، هذا من ناحية .ومن ناحية أخرى فان استبدال الدية بالقصاص لايسبغ عليها الصفة الجنائية التى يتصف بها القصاص .فقد شرع القصاص فى الشريعة الاسلامية جزاء للاعتداء على حق للعبد ، وفى ايقاعه حد للثأر والفتن ، وترضية نفسية كافية للمجنى عليه أو قبيلته قد تغنى عن المطالبة بعوض مالى فاذا كان القصاص مما لايجبر الضرر من وجهة نظر المجنى عليه أو قبيلته وقد اختار الدية وتنازل عن القصاص فقد سوى بين نفسه وبين ذلك الذى تعرض لجريمة لايجب فيها القصاص وتجب فيها الدية ابتداء . لذلك فالدية كبديل للقصاص والدية الواجبة ابتداء يبدو أنهما تستويان فى طبيعتهما .

ويمكن استخلاص طبيعة الجزاءات المالية المقررة شرعا من الاعتداءات المادية على حياة الانسان أو جسمه ، وهى كما سبق القول الدية والارش وحكومة العدل من أسس تحديدها .فالدية محددة شرعا فى مقدارها وكذلك الارش باعتباره نسبة منها محددة هى الاخرى ، أما حكومة العدل فيرجع تقديرها الى القاضى .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ص ٥٠ ، ٥١ — سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ٥٠ .

فالأصل أن الدية محددة شرعا فهى مائة من الابل أو ألف دينار أوعشرة آلاف درهم.ومع ذلك يجوز فيها الصلح بأقل أو أكثر على أساس التراضى [١]. والذمى والمستأمن والمسلم سواء فى الدية [٢] . والصبى والوليد والرجل البالغ سواء فى مقدار الدية [٣].ودية المرأة نصف دية الرجل لأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل [٤].واذا كانت الدية واجبة أصلا مقابل النفس أى ازهاق الروح ، فانها واجبة أيضا كاملة فى الجناية على مادون النفس دون عمد على عضو تمكن فيه المماثلة ولا يتعدد.فالدية واجبة كلها فى اللسان والانف وكذلك فى العقل اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك [٥]. وكذلك الامر عند الذهاب بمنفعة أعضاء الجسم عند تعددها كاليدين معا أو الساقين أو العينين [٦] .ولم يرد فى كتب الفقه أى ذكر لقيام التفرقة فى مقدار الدية حسب المنزلة الاجتماعية للجانى أو المجنى عليه أو ثروة أيهما.

هذه الاحكام التى قررها الفقه الاسلامى فى شأن الدية تشير الى الموضوعية المطلقة فى التقدير التى تنبع من مبدأ أصيل فى الشريعة الاسلامية وهو المساواة بين جميع المسلمين والاختلاف الفعلى بين المجنى عليهم من حيث السن والقدرة الجسمانية والمنزلة الاجتماعية أو الثروة أو ما الى ذلك من أوجه الاختلاف بين البشر ، ليس من شأنه أن يؤدى الى القول بأن الدية

---

(١) شرح الدر المختار ، جزء ٢ ، ص ٦٨٣ وص ٦٩٥ ــ تكملة فتح القدير ، جـ ٨ ص ٢٧٥ .

(٢) شرح الدر المختار، جـ ٢ ، ص ٧٠٩ ــ تكملة فتح القدير ، جـ ٨، ص ٣٠٧ .

(٣) شرح الدر المختار ، جـ٢ ، ص ٧١٢ (فان ضرب بطن امرأة حرة فالقت جنينا حيا فمات فدية كاملة وان القته ميتا فماتت الام فدية ، وان القته حيا وماتت ومات الجنين فعليه ديتان) .

(٤) تكملة فتح القدير ، جـ ٨ ، ص ٣٠٦

(٥) تكملة فتح القدير ، جـ ٨ ، ص ٣٠٨

(٦) نفس المرجع ص ٣١٠ .

قد تكون مجزية أو رادعة فى بعض الحالات وهزيلة فى حالات أخرى ، وذلك ازاء نوع الضرر الذى تجبره. فالضرر هنا مادى وجسمانى ، فهو ان كان يلحق بالمال بنقص القدرة على الكسب من المجنى عليه أو حرمان أسرته منه ، فان الصفة الغالبة هى الضرر النفسى أو العاطفى .

ومما يؤكد موضوعية الدية أيضا فى الشريعة الاسلامية كتعويض مالى يبتعد عن العقوبة أنها لاتتفاوت باختلاف خطورة الاعتداء ذاته. فالعمد وغير العمد والقتل دون خطأ أى تسببا ، كل ذلك يوجب دية موحدة. ولم يرد فى كتب الفقه ذكر لتأثر الدية فى مقدارها بمدى جسامة الفعل الضار ، بالرغم من أن هذا الفقه عرف فى الجناية على النفس عدة درجات [1] .

ولعله مما يؤكد اقتراب الدية الى جبر الضرر أكثر منها الى العقوبة : أنها تجب كاملة ليس فى القتل وحسب ، بل فى تعطيل منفعة عضو يؤثر على القدرة الجسمانية فى الكسب والسعى فى الحياة وتحصيل الرزق كاللسان أو اليدين أو العينين أو العقل ، ولو كانت صفة العقوبة لها اعتبار جوهرى فى الدية لوجب التفاوت فى مقدارها حسب مدى الاعتداء.

٣١ - والارش يأخذ حكم الدية ويتحد معها فى طبيعتها باعتباره نسبة محددة منها تجب فى حالة تعدد العضو الذى تمكن فيه المماثلة وأصيب بعض منه من غير عمد .

---

(١) وهى خمسة : عمد وهو الاعتداء بآلة من شأنها أن تحدث الجناية كالسلاح والحجر ، وشبه العمد. وهو الضرب بغير ما ذكر ، والخطأ وهو اما خطأ فى ظن الفاعل او خطأ فى نفس الفعل ، وما جرى مجراه ، كنائم انقلب على رجل فقتله ، وقتل بتسبب كحافر البئر فوقع فيها رجل (شرح الدر المختار ، ج ٢ ، ٦١٣ .

فالدية والارش فى حقيقتها اذن ، على مانعتقد ، هما تعويض موضوعى بحت لاتتخلله أية عناصر شخصية مستمدة من الظروف الشخصية للطرفين، فهما لاتتأثران بمنزلة الجانى أو المجنى عليـه ، ولا بالرغبة فى الانتقام أو التشفى ، ولا بمدى جسامة الفعل الموجب للدية . وهذا ما يتفق مع الاتجاه الموضوعى المطلق فى تقدير التعويض .

ولا يختلف الامر على مايبدو فيما يتعلق بحكومة العدل التى تشمـل الحالات التى لاتقرر فيهـا الدية أو الارش والتى يترك تقديرها للقاضى ، فالموضوعيـة البحتة أيضا تكون صفتها الغالبـة . وذلك ما يمليـه مبدأ المساواة بين جميع المسلمين ، الذى كان محل احترام وتقديس فى الشريعة الاسلامية. فالقاضى لن يغاير من مدى الجزاء فى حكومة العدل حسب المنزلة الاجتماعية للمجنى عليه أو ثروته ، كما أنه لن يتأثر بمدى جسامة الاعتداء مستوحيا فى ذلك المبادىء المتبعة فى الدية والارش ، ولايكون أمامـه من مقياس سوى مدى الضرر الذى لحق بالمجنى عليه [1] .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن التعويض فى الشريعة الاسلاميـة عن الاضرار التى تقع على النفس قاصر على الاعتداءات المادية التى تحدث أثرا ماديا فى الجسم. أما الاعتداء الادبى الذى يحدث ضررا أدبيا فلاتعويض

---

(١) وقد وضع الفقه الاسلامى شبه تحديد لمدى حومة العدل ، فقسم أنواع الاضرار الجسمانية التى توجب حكومة عدل الى انواع منها الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق ، وقرر نسبة من الدية لكل منها، وقرر ان ينظر الى مقدار الشجه فيقوم المشجوج عبدا بلا هذا الاثر ثم معـه فقدر التفاوت بين القيمتين ، وفى الحر من الدية فان نقص الحر عشر قيمته اخذ عشر ديته (شرح الدر المختار ، جـ٢ ص ٧٠٨ ـ ٧٠٩ ـ تكملة فتح القدير جـ٨ ، ص ٣١١ ـ ٣١٤)

عنه فى فقه الشريعة الاسلامية [1]. وهو ما سنتعرض له أيضا فى بيان فكرة الضمان فى الفقه الاسلامى .

ونخلص من ذلك الى أن الجزاءات المالية المقررة شرعا عن الاعتداءات التى تلحق بالجسم أو بالنفس أضرارا مادية تستوحى الاتجاه الموضوعى المطلق فى التقدير .

٣٢ ــ أما الاعتداء الذى يقع على المال ، فجزاؤه فى الشريعة الاسلامية الضمان وهو ما يقابل فكرة التعويض المدنى المعروفة اليوم مع اختلاف فى بعض الاحكام. والضمان لا يكون الا فى الاعتداءات الواقعة على المال .

وقد نص الفقهاء على الاحوال التى يجب فيهـا الضمان وهى السرقة وقطع الطـريق والاكراه والتغرير والغصب والاتلاف. واذا كانت الجناية تستوجب عقوبة عامة فان هـذه العقوبة تجتمع مع الضمــان كما سبق البيان [2]. ونعرض من هذه الحالات للغصب والاتلاف حيث يمكن منهمـا

---

(١) مجمع الضمانات ، ص١٦٦ ــ البحر ، جـ ٨ ص ٣٤٠ ــ المبسوط : جـ٦ ، ص ٨١ ــ سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص١٤٣ ــ محمد ناجى ياقوت : الاعتداء على الشعور العاطفى فى المسئولية المدنية فى القانون الفرنسى والقانون المصرى، رسالة من اكس، ١٩٦٨ ، ص٢٣ هامش ٢ ــ شفيق شحاته : النظرية العامة للالتزام فى الفقه الاسلامى الحنفى ، باريس ١٩٦٩ (باللغة الفرنسية) فقرة ٢٣٢ ص ١٥٩

(٢) يجمع الشافعى بين الجزائين ، وهذا ما يتفق مع الفقه الحديث الذى يجمع بين الدعوى العمومية والدعوى المدنية ؛ أما الحنفية فلا تجمع بين القطع (الحد فى السرقة) والضمان لان المضمونات عندهم تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الاخذ، فلو ضمنا السارق قيمة المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الاخذ ، فتبين أنه قطع فى ملك نفسه وهذا لايجوز فى نظرهم (عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ص٥٢ ــ ٥٣ ــ شفيق شحاته : المرجع السابق فقرة ٢٣٥ ص ١٦٠)

استخلاص أحكام الضمان بوضوح [1].

٣٣ - والغصب فى فقه الشريعة الاسلامية هو أخذ مال متقوم محترم بلا اذن ممن له الاذن على وجـه يزيل يده بفعل فى العين [2] . فهذه قيود ستة [3] : ١) مال ٢) متقوم ٣) محترم ٤) بلا اذن ممن له الاذن ٥) على وجه يزيل يده ٦) بفعل فى العين [4] .

وقد قرر فقهـاء الشريعة الاسلامية ضمان الغاصب المال المغصوب اذا هلك فى يده ، لما فى الهلاك من اضرار بالمغصوب منه وما فى الغصب من تعد من الغاصب على حق الاخير. وقد طبقوا ذلك أيضا فى حالتى السرقة وقطع

---

(١) والاكراه هو حمل الغير على ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته. وهـو اما ملجىء يعدم الرضا ويفسـد الاختيار ، أو غير ملجىء يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار. واذا اكره شخص آخر على الاتيان بعمـل مادى ضار ، فحكمه أن يضاف الحكم الى الحامل ابتداء لا نقلا من الفاعل اليه فلو اكرهه على رمى صيد ، فأصاب انسانا ، فالدية على عاقلة الحامل والكفارة عليه. كذلك لو اكرهه على اتلاف المال ، اعتبر الحامل متلفا بتسبب ، ووجب الضمـان لوجـود ركن التعدى .

أما التغرير فانه يفسد العقد اذا تسبب عنه غبن فاحش . أما فيما بين المغرر والمغرور به فلا يوجب الرجوع الا فى ثلاث مسـائل الاولى اذا كان الغرور بالشرط والثانية أن يكون فى ضمن عقد معارضة والثالثة أن يكون فى عقد يرجع نفعـه الى الدافع (عبد الرزاق السـنهورى : المرجع السـابق ص٥٣ - ٥٤).

(٢) مجمع الضمانات : ص ١١٧ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى : المرجع السـابق ، ص ٥٤

(٤) وبذلك يخرج بالقيد الاول الحر والميته لانهما ليسا بمال . وخرج بالقيد الثانى خمر المسلم لانه مال غير متقوم. وخرج بالقيد الثالث مال الحربى لانه مال متقوم غير محترم. واحترز بالقيد الرابع عن الوديعة وغيرها مما يكون سببا شرعيا لتسليم المال للغير. اما القيدان الخامس والسادس فلابد منهما على اصل الشيخين دون [illegible] الضمانات ص ١١٧)

الطريق ، وألحقوا فيهما التسبب بالمباشرة قصد ايجاب الحد في كليهما [1] .

ويجب على الغاصب رد المغصوب ، لو كان قائما ، في مكان غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الامكنة وأجرة الرد على الغاصب [2] ، وان هلك ، ولو بقوة قاهرة [3] ، فعلى الغاصب رد مثله ان كان مثليا فان انقطع المثل عن أيدي الناس فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة ويوم الغصب عند أبي يوسف ويوم الانقطاع عند محمد [4] .

ولو غصب المغصوب من الغاصب ، فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن غاصب الغاصب ، فان ضمن الاول يرجع بما ضمن على الثاني ، وان ضمن الثاني لا يرجع على الاول . ولو اختار المالك تضمين أحد الغاصبين ليس له أن يطالب الآخر . [5] ولو باع الغاصب المغصوب فالمالك مخير في تضمين من شاء ، فاذا ضمن المشترى رجع بما ضمن على البائع [6] .

٣٤ ـ أما الاتلاف فهو اخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة عادة . ومن أتلف شيئا فعليه ضمان ما أتلف .

وقد فرق الفقهاء بين نوعين من الاتلاف هما الاتلاف مباشرة والاتلاف تسببا وجعلوا لكل منهما حكمة من حيث الضمان .

---

(١) سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ٥٢ وهامش ٣

(٢) مجمع الضمانات : ص ١١٧ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق : ص ٥٥

(٤) مجمع الضمانات : ص ١١٧

(٥) نفس المرجع ص ١١٨

(٦) عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص ٥٥ ـ وفي مجمع الضمانات ص ١١٨ أنه جاء في الفصولين أن للمالك ان يضمن كلا منهما بنصف قيمته .

فالاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات ، أي بدون واسطة ومن غير أن يتخلل فعل المتلف والاتلاف فعل آخر (مادة ٨٨٧ من المجلة) [1] ، أو هو اتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر[2] . ويقال للفاعل مباشر .

أما الاتلاف تسببا فيكون باحداث أمر فى شيء يفضى الى تلف شيء آخر على جرى العادة (مادة ٨٨٨ من المجلة) [3] أو هو يكون بعمل يقع على شيء فيفضى الى تلف آخر [4] ، [5] .

والقاعدة أن المباشر ضامن متعمدا أو معتديا أو لم يكن (المادتان ٩٢ ، ٩١٢ من المجلة) أما المتسبب فلا يضمن الا اذا كان متعمدا أو متعديا[6] .

---

(١) سليمان مرقس : المرجع السابق فقرة ٥٣

(٢) عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ص ٥٦

(٣) سليمان مرقس : المرجع السابق فقرة ٥٣

(٤) عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ص ٥٦

(٥) فاذا قطع انسان حبل قنديل معلق ، فسقط القنديل على الارض وانكسر يكون قد اتلف الحبل مباشرة والقنديل تسببا . واذا شق احد ظرفا فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد اتلف الظرف مباشرة والسمن تسببا .

(٦) ففى المثل المتقدم يكون تلف الحبل مضمونا على اى حال ، أما كسر القنديل فلا يكون كذلك الا اذا كان قاطع الحبل متعديا . وقد ذكر فى التعليق على المادة ٩١ من المجلة التى تقضى بضمان المباشر انه اذا اذن رجل غيره بالجلوس على سطح داره فانخسف به على مملوك الآذن ضمن الجالس .

وجاء فى مجمع الضمانات (ص ١٦٥) المباشر ضامن وان لم يتعمد ولم يتعد ، والمتسبب لايضمن الا ان يتعدى . . ولو سقط انسان من حائط على انسان فى الطريق كان ضامنا دية المقتول . . ولو مات الساقط بمن كان فى الطريق ، فان كان ذلك ماشيا فى الطريق فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى المشى فى الطريق فلا يمكنه التحرز من سقوط غيره عليه . وان كان ذلك الرجل واقفا
=

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر، ويضمن المباشر ولو كان صغيرا أو مجنونا أما المتسبب منهما فلا يضمن. ففقه الشريعة الاسلامية يكتفي بمباشرة الفعل الضار كسبب لقيام الالتزام بالتعويض، أو بالتعدي في حالة التسبب دون حاجة لبحث مسلك الفاعل وبيان وجه

=

في الطريق قائما او قاعدا او نائما كانت دية الساقط عليه لانه متعد في الوقوف في الطريق والقعود والنوم فيكون ضامنا لما تلف به .. وان كان ذلك في ملكه لا ضمان عليه لانه لا يكون متعديا في الوقوف والنوم في ملكه، وعلى الاعلى ضمان الاسفل ان مات الاسفل به في الاحوال كلها لان الاعلى مباشر قتل الاسفل، وفي المباشرة الملك وغير الملك سواء، كأن نام في ملكه فانقلب على انسان فقتله كان ضامنا لانه مباشر في قتله .

ويضيف الدكتور عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق ص٥٦٨) «فاذا انقلب النائم على متاع وكسره وجب الضمان. ولو أن طفلا يوم ولد انقلب على مال انسان فأتلفه ضمن ما أتلف وكذا المجنون الذي لا يفيق الا اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان .ولو ان دابة يركبها انسان داست شيئا وأتلفته عد الراكب انه أتلف الشيء مباشرة وضمن. كل هؤلاء باشروا الاتلاف فيضمنون ولو دون تعمد أو تعد» .

ويضيف الدكتور سليمان مرقس (المرجع السابق فقرة ٥٣ هامش ٣ ص ١٠٤) واذا كانت المادة ٩٣ من المجلة قد نصت على ان المتسبب لا يضمن الا بالتعمد، فان حكمها تكملة المادة ٩٢٤ وهي تنص صراحة على الاكتفاء بشرط التعدي دون العمد في ايجاب ضمان المتسبب (المراجع المشار اليها في نهاية الهامش) .

وجاء ايضا في مجمع الضمانات (ص ١٥٤) ولو سعى الى سلطان ظالم حتى غرم رجلا ، فلو بحق لا يضمن ، لانه لم يتعد. والسعاية الموجبة للضمان ان يتكلم بكذب او لا يكون قصده اقامة الحسبة . وفي صحيفة (١٥٨): واذا امر انسانا باخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لان الامر لم يصح، وفي كل موضع لا يصح الامر لا يجب الضمان على الآمر .

الخطأ فيه فيكفى التعدى أى ارتكاب الفعل الضار دون وجه حق [١] .

٣٥ — أما عن تقدير الضمان أو مداه فى فقه الشريعة الاسلامية ، فانه بينما تجد هناك اختلافا بين نظام التعويض القائم والضمان من حيث نوع الاضرار القابلة للتعويض ، فان هذه الاضرار يتم تعويضها بطريقة تتفق مع الاتجاه الموضوعى للتعويض الذى عرفته القوانين الحديثة. وهذا مايمكن استخلاصه بنظرة شاملة على المذاهب المختلفة للفقه الاسلامى [٢] .

ففكرة الضرر الواجب تعويضه فى الشريعة الاسلاميــة فكرة محدودة ضيقة [٣] . فلم تعرف الشريعة الاسلامية فكرة التعويض عن الضرر الادبى كما سبق القول . وسند فقه الشريعة فى ذلك أنه لما كان التعويض لايكون الا بالمال على أساس المعادلة أو المكافأة وجب أن يكون الضرر المقابل له ضررا ماليا أى بفقد مال ، أما غير المال فلا يقوم بالمال ولا يعوض عنه بالمال ،

(١) سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ٥٣ — ويضيف أن فكرة التعدى مالبثت أن تطورت فى الفقه الاسلامى فلم تقتصر على الخروج عن حدود الحق بل شملت عدم التبصر والاهمال والاساءة فى استعمال الحق ، وهو ما انتهى الى تقدير التعدى تقديرا شخصيا بعد ان كان تقديره فى الاصل موضوعيا يقاس بمجرد الخروج على حدود الحق .

(٢) انظر فى ذلك : ١ — من كتب الحنفية : باب الغصب من كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ، القاهرة ١٣٢٧ هـ مطبعة الجمالية ؛ وباب الغصب فى شرح الكنز ، وباب الغصب من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ، القاهرة ١٣١٥ هـ المطبعة الأميرية — ٢ ومن كتب المالكية : باب الغصب من كتاب الدردير : الشرح الكبير ومن مواهب الجليل شرح مختصر خليل للخطاب ، القاهرة ١٣٢٩ هـ مطبعة السعادة . ٣ — ومن كتب الشافعية باب الغصب فى كتاب معنى المحتاج ، الرملى ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج . ٤ — ومن كتب الحنابلة : باب الغصب من كتاب المغنى والشرح الكبير لابن قدامه الطبعة الثانية القاهرة ١٣٢٧ هـ مطبعة المنار وكتاب كشاف القناع .

(٣) عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ج ٦ ص ١٦٨ .

فلا تعويض عن الضرر الادبى ولكن يقوم التعزير فى حقوق العبـد مقامه ، بالضرب أو الحبس أو الكهر أو الاستخفاف فى الكلام ، على أنه يجـوز للمضرور بضرر أدبى أن يسامح المعتدى أو أن يتصالح معه [1] .

فالفقه الاسلامى يشترط فى الضمان أن يكون المضمون مالا متقوما فى ذاته ، وأن توجـد المماثلة بينه وبين المـال الذى يعطى بدلا منه ، وبالتالى لاتعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن ربح فاته ، اذا لم يكن هناك مال متقوم فى ذاته ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله أو قيمتـه [2] . ومن القيود الواردة على فكرة الضرر فى الشريعة الاسلامية مبدأين أولهما الخراج بالضمان أى أن من يضمن شيئا لو تلف ينتفع به فى مقابلة الضمان [3] والمبدأ الثانى أن الاجر والضمان لايجتمعان [4] .

ويترتب على قاعدة أن الضمان يجب فيه أن يكون المضمون مالا متقوما فى ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذى يعطى بدلا منه ، أن الضمان يكون بقيمة ما فقـد أو تلف أو غصب أو بمقدار النقص فى قيمته [5] ، كما يترتب على هذا المبدأ أيضا عدم ضمان المنافع لأنها أموال غير متقومة فى ذاتها .

فالاصل أن المنافع ـ كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الاجير ـ

---

(١) سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص١٤٢ وهامش ٤ من هذه الصحيفة

(٢) شفيق شحاته : المرجع السابق ، فقرة ٢٢٣ ص ١٥٩ .

(٣) والخراج هو ما خرج عن الشيء من ثمر وما نتج عن الحيوان من دره ونسله (عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ج ٦ ص ١٦٨)

(٤) كما اذا استأجر شخص دابة تحمله الى محل معين فجاوز هذا المحل وهلكت الدابة فلزمه الضمان ، فلا أجر على المستأجر عن هذا التجاوز لانه كان ضامنا الدابة خلاله (عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ص١٦٩)

(٥) شفيق شحاته : المرجع السابق ، فقرة ٥٥ ص ٧٥

من قبيل الاعراض ، فهى ليست مالا متقوما فى ذاته حتى يجب فيه الضمان . ولا تقوم المنفعة الا بعقد كعقد الايجار فعند ذلك تستحق الاجرة عن المنفعة، لابحكم الضمان ، بل بحكم العقد الذى قومها ، ومن ثم لاتكون المنفعة مضمونة بالغصب اذ لا عقد يقومها[1] .

ومما يؤكد أيضا الموضوعية البحتة لنظام الضمان فى الفقه الاسلامى أن الضرر الذى يستوجب التعويض ليس هو الضرر المالى فحسب ، بل الضرر الحال أى الضرر بفقد مال حدث فعلا ، فلا تعويض عن ضرر متوقع الا بعد وقوعه ، ولو كان محققا ، لانه يعد معدوما ولا يقابل المعدوم بالمال .

٣٦ ـ هذه الشروط التى يتطلبها الفقه الاسلامى فى الضرر حتى يكون محلا للتعويض ، تمارس أثرها على مدى التعويض ذاته ، فتخضعه للاتجاه الموضوعى الذى يتقيد بدقة بمدى الضرر ولا يضع فى اعتباره مدى جسامة الفعل الضـار .

فالتعويض يقوم فى الشريعة الاسلامية على فكرة موضوعيـة قوامها تعويض المـال بعوض يساويه ، لا أكثر ولا أقل ، اذ التعويض فى الفقـه

---

(١) على انه لما كانت هـذه النظرة الى المنافع نظرة صناعية محضة ، وهى نظرة ضيقة لم تلاحظ فيها الاعتبارات العملية ، فقد وسع الفقه الحنفى منها قليلا باستثناءات ثلاث : ـ ١ ـ اذا استخدم شخص صغيرا بدون اذن وليه، كان للصغير متى بلغ ان يأخذ اجر مثل خدمته عن تلك المدة ، ولو توفى الصغير فلورثته ان يأخذوا أجر مثل المدة من مستخدم الصغير ـ ٢ ـ اذا كان المال مال وقف او مال صغير ، فحينئذ يلزم من يستولى عليه ضمان المنفعة اى اجر المثل ـ ٣ ـ اذا كان المال معدا للاستغلال ، فيلزم من يستولى عليه ضمـان المنفعة اى اجر المثل اذا لم يكن الاستيلاء عليـه بتأويل ملك او عقد ، وكان المستولى على المال عالما انه معد للاستغلال (عبد الرزاق السنهورى : المرجع السـابق ، ج ٦ ص ١٧١) ويلاحظ مع ذلك أن الشافعى يذهب الى ان منافع المغصوب مضمونة (مجمع الضمانات ص ١٣٠) .

الاسلامي يقوم على أساس ازالة الضرر برد الحالة الى ما كانت عليه قبل وقوع هذا الضرر ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم «لاضرر ولا ضرار» ومعنى ذلك وجوب دفع الضرر ورفعه وعدم اقراره.فمن فقد مال منه نتيجة فعل ضار عوض عنه بمال يحل محله ويساويه وبذلك يعود ماله الى ماكان.

وعملية التعويض فى الشريعة الاسلامية ليست الا عملية مبادلة بين مالين أساسها المساواة أو المكافأة لا الرضا بين طرفيها ، ولذلك يجبر المضرور على أخذ العوض اذا كان مساويا أو مكافئا لما لحقه من ضرر مادى ، ولا ينظر الى اعتراضه بأن هذا لايرضيه.فاذا مادخل هـذه المعاوضة عنصر الرضا ، كان عدم التساوى بين البدلين مقبولا بناء على أن رضا المغبون يعد نازلا عن بعض حقه فى التعويض .

ويؤكد الفقه الاسلامي مبدا التقيد بمدى الضرر بكل دقة ، فيجب على الغاصب رد المغصوب ولو كان قائما فى مكان غصبه لتفاوت القيم باختلاف الامكنة ،وأجرة الرد على الغاصب [1] .وان عجز الغاصب عن رده فعليه مثله ان كان مثليا ، وقيمته ان كان قيميا ، وان انقطع المثل عن أيدى الناس فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبى حنيفة ويوم الغصب عند أبى يوسف ويوم الانقطاع عند محمد [2] .وتقدر قيمة الشيء بطريقة موضوعية ، فلا يتعلق الامر بتعويض كل مالحق المالك من خسارة بل بمنحه قيمة الشيء [3] .

وتحقيقا لهذا المبدأ أيضا لايجوز للمضرور الاثراء نتيجة لعملية التعويض

---

(١) مجمع الضمانات : ص١١٧

(٢) مجمع الضمانات ص ١١٧ ، شفيق شحاته : المرجع السابق ، فقرة ٢٢٣ ص١٥٩ .

(٣) شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٣ ، ص١٥٩ .

فالمسئول - باجماع الفقه - يتملك الشيء المضمون مقابل التزامه بالضمان، مع اختلاف فى تاريخ انتقال الملكية [1] .

فان اختلفا فى القيمة فالقول للغاصب مع يمينه ان لم يقم المالك حجةعلى الزيادة ، فان ظهرت العين بعد القضاء والضمان وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو بينة أقامها المالك على قيمتها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلاخيار للمالك وهو للغاصب اذ ملكها لما ضمنها وقد كان الضمان بقول المالك فتم الملك للغاصب بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار . ولئن كان ضمان القيمة بقول الغاصب مع يمينه فالمالك بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ماضمنه أو دونه فله الخيار أيضا [2] . وفى ذلك حرص من الفقه الاسلامى على مبدأ ألا ضرر ولاضرار ، فالتعويض هو المبادلة بنفس القيمة ولا يجوز للمضرور أو المسئول أن يفيد باثراء أو يلحقه افتقار غيرمشروع من عملية التعويض . ويؤكد هذا المبدأ أيضا ما سبق أن أوضحناه من أنه اذا غصب المال المغصوب من الغاصب فالمالك بالخيار بين تضمين أحدهما ولكنه لايضمنهما معا حتى لا يتحقق له اثراء من الفعل الضار [3] . ولم يعرف الفقه

---

(١) شفيق شحاته فقرة ٢٣٥ ص ١٦٠

(٢) مجمع الضمانات ، ص ١١٨

(٣) اما زوائد المغصوب متصلة كانت كالسمنة والجمال أومنفصلة كالولد واللبن والثمر فهى امانة فى يد الغاصب ان هلكت فلا ضمان عليه الا اذا تعدى فيها او طلبها ربها فمنعها اياه فيضمن . ولو زادت القيمة فى السعر اوفى بذر اوانتقصت ثم هلك عنده ضمن قيمته وقت الغصب فى مذهب ابى حنيفة ولو لم يهلك ورده على صاحبه ان كان النقصان فى البذر ضمن قيمة النقصان

الاسلامي مبدأ تأثر التعويض بمدى جسامة الخطأ. فكما أن تعويض الاضرار الجسمانية فى صورة الدية والارش وحكومة العدل لا محل فيها للتفرقة بين العامد والمهمل أو المخطىء فالتقدير واحد بالنسبة للجميع، فكذلك التعويض عن الاضرار المادية ، فلا تفرقة بين مسئول ومسئول مادام أن الاساس هو جبر الضرر والتعويض عن الفاقد ، ولا عبرة بخطأ المسئول واعتدائه ، فالمتعمد والمخطىء والقاصد والمهمل سواء لأن الاساس هو ازالة الضرر لا عقوبة المسئول ، ولا أثر للخطأ يسيرا كان أو جسيما فى مقدار التعويض لان تقديره يقوم على أساس ما فقد من مال لا على مسلك المسئول. ولم يرد فى كتب الفقه مايشير الى أن الشريعة الاسلامية تعرف مبدأ التأثر بجسامة الخطأ عند تقدير الضمان أو التعويض ففقه الشريعة الاسلامية اذ يوجب المساواة بين الضرر الحال — المال الفاقد — وبين التعويض فانه لم يعرف حالات يقل فيها التعويض عن مدى الضرر ولا يزيد عن ذلك، وليس فيها معايير أخرى لتقدير التعويض غير مدى الضرر .

من ذلك أن فقه الشريعة الاسلامية يؤسس المسئولية المدنية على فكرة موضوعية وليس على الخطأ[1] .فالمباشرة وحدها أى مجرد ارتكاب الفعل الضار توجب الضمان.والتسبب ان كان يستلزم التعدى فذلك يتحقق بمجرد

=

ولو كان النقصان فى السعر لا يضمن ، ولو استهلكه بعد النقصان ضمن قيمته يوم الغصب ، وان استهلكه بعد الزيادة نحو ان يبيعه او يسلمه الى المشترى فيهلك فى يد المشترى فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب وجاز البيع والثمن للغاصب ، وان شاء ضمن المشترى قيمته وقت القبض وبكل البيع وله أن يرجع على الغاصب بالثمن وليس له ان يضمن الغاصب وقت التسليم فى قول أبى حنيفة (مجمع الضمانات ص ١١٩ و ١٢٩)

١) شفيق شحاته : المرجع السابق ؛ فقرة ٢١٥ ص١٥١

الخروج عن حدود الحق. وفى الاعتداء على حياة الانسان أو جسمه يقوم الالتزام بالدية والارش أو حكومة العدل أو بالصلح مقابل القصاص فى العمد وابتداء فى غير حالات العمد ولو لم يكن هناك خطا من الفاعل. فالشريعة الاسلامية لاتبحث عن مسلك الفاعل أو محدث الضرر بمقياس ذاتى أو شخصى ، وانما يقاس الفعل غير المشروع بمقياس موضوعى أواجتماعى قوامه أن الاضرار بالغير هو فى ذاته عمل غير مشروع يوجب التعويض [1].

---

(١) ومع ذلك فان أساس المسئولية فى الشريعة الاسلامية لايطابق نظريات تحمل التبعة التى عرفها الفقه الحديث (وهى النظريات الثلاث للتبعة ـ نظرية تحمل التبعة ، ونظرية التبعات المستحدثة ، ونظرية تحمل المخاطر المقابلة للربح) اذ قوام نظريات التبعة هو ان من يباشر فى المجتمع نشاطا من شأنه أن يحدث ضررا بالغير يجب أن يتحمل تبعته ، او كان هذا النشاط مستحدثا او نافعا ، اذ الغرم بالغنم. اما فى الشريعة الاسلامية فهو أساس موضوعى قوامه ان الاضرار بالغير يعد عملا غير مشروع يوجب التعويض .

ويقول الدكتور بشرى جندى «تحمل التبعة فى المسئوليه غير العقدية» (مجلة ادارة قضايا الحكومة ـ العدد ٣ السنة ٣ يوليو ـ سبتمبر ١٩٦٩ ، ص٥٢ وما بعدها فقرة ٢٣) لم يقتصر الفقه الاسلامى على تحديد نطاق المسئولية المدنية ، بل امتد افقه الى محاولة وضع أساس موضوعى للمسئولية عن الاعمال الشخصية لايختلف كثيرا عن فكرة تحمل التبعة) ـ بينما يقول الدكتور عبد الرزاق السنهورى (المرجع السابق ، ص ٥٦ هامش ١) بشأن ضمان المتلف مباشرة ولو دون تعمد او تعد «قارن الجرائم المنصوص عليها فى قانون اكويليا ، ولايصح القول بأن هذا مبدا يصلح اساسا فى الفقه الاسلامى لمسئولية غير المميز وللمسئولية القائمة على تحمل التبعة ، لان المسئولية هنا قائمة على فكرة مباشرة الاتلاف دون واسطة ، فلو كان الاتلاف تسببا لما ضمن الطفل ولا المجنون لانتفاء التعدى» .

هــذه الفكرة الاجتماعية التى يستوحيها الفقــه الاسلامى فى تأسيس المسئولية تهدف الى اقرار حق كل فرد فى المجتمع فى سلامة جسمه وماله[1] .

هذا التأسيس الاجتماعى والموضوعى لفكرة المسئولية المدنية فى الشريعة الاسلامية يمارس أثره أيضا على مدى التعويض فيتقيد بدقة بمبدأ ألا ضرر ولاضرار فيرفــع الضرر عن المضرور بطريقة شبه موضوعية ويحددمسئولية مرتكب الفعل الضار على أساس موضوعى مجرد .

---

(١) وهذا ما انتهى اليه الفقه والقضاء الحديث فى حالات كثيرة من أنه اذا كان موضوع المسئولية هــو الضرر الجسمانى ، وجبت المسئولية فى غالب الاحوال بدون حاجة الى بحث مسلك محدث الضرر ، وذلك عن طريق التزام السلامة فى عقود نقل الركاب وبطلان اتفاقات المسئولية التى يكون موضوعها سلامة الانسان ، والمسئولية من اصابات العمل ، وهو مبدأ ان لم يكن عاما فى الفقــه والقضاء الحديث الا أنه يتمتع بنطاق كبــير وهام فى المسئوليــة المدنية الحديثة .

المبحث الثانى

مفهوم التعويض فى التقنينات الوضعية

٣٧ - صياغة التقنين المدنى الفرنسى والمصرى ٣٨ - استبعاد الاتجاه الشخصى من التقنين المدنى الفرنسى ٣٩ - التمييز بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية ٤٠ - المسئولية المدنية تقوم على الخطأ ٤١ - التعويض المدنى ليس عقوبة ٤٢ - الوظيفة المنفردة للمسئولية المدنية ٤٣ - نصوص المسئولية المدنية فى التقنين المدنى المصرى ٤٤ - الاخذ بالاتجاه الشخصى فى تقدير التعويض .

٣٧ - اتضح لنا مما تقدم كيف استقلت المسئوليه المدنيه عن المسئوليه الجنائية فى القوانين الغربية ، وكيف أصبح لفظ المسئوليه منفردا لايعطى مدلولا قانونيا كما كان الشأن فى المراحل السابقة فى نظريه القانون ، وكيف ترتب على ذلك استقلال التعويض المدنى عن العقوبه الخاصة واندثار فكره العقوبة الخاصة التى كانت تجمع بين المسئوليتين فى نظام واحد .

على أن الاستقلال بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائيه ، وتخصيص المسئولية المدنية بوظيفة جبر الضرر المترتب على الخطأ ، اذا كانت معالمه قد ظهرت فى المراحل الاخيرة لتطور القانون الفرنسى القديم ، الا أنه لم يتحقق بطريقة حاسمة ومطلقة الا فى التقنين المدنى الفرنسى الصادر عام ١٨٠٤ .

وقد كان هذا التقنين دعامة استند اليها الفقه والقضاء الفرنسى فى القرن الماضى والقرن الحالى ، لتأكيد وحدة وظيفة المسئولية المدنية القائمة على جبر الضرر، وذلك رغم الآراء المخالفة لبعض الفقه والقضاء ، من حيث الاخذ بالاتجاه الشخصى فى التعويض فى صورة التأثر بمدى جسامة الخطأ فى تقديره .

وقد جاء التقنين المدنى المصرى الجديد فى عام ١٩٤٨ ، متأثرا فى صياغته بنصوص التقنين الفرنسى ، ومتعاطفا بروحه مع أفكار التخفيف من اطلاق المذهب الموضوعى التى ظهرت فى الفترة ما بين هذين التقنينين[1] . ونعرض فيما يلى باشارة وجيزة لموقف التقنينين المدنى الفرنسى والمدنى المصرى من الاتجاهين الشخصى والموضوعى أو من الوظيفة العقابية ووظيفة جبر الضرر فى تقدير التعويض ، مع ابقاء عملية التقييم فى هذا الصدد لمكانها المناسب .

المطلب الاول

مفهوم التعويض فى التقنين المدنى الفرنسى

٣٨ - أوضحنا أن فقه القانون الفرنسي القديم انتهى الى أن التزام الفرد بتعويض غيره عن الاضرار التى سببها له بخطئه ، وهو أمر يتفق وقواعد الاخلاق التى توجب عدم الاضرار بالغير . وبالتالى فلم يعد التعويض اشباعا غريزيا لعواطف المضرور أو تعبيرا عن حقه فى الانتقام . وقد مهد ذلك الى التمييز بين العقوبة والتعويض . ومادمنا بصدد التزام باصلاح آثار الفعل الضار فانه يكفى مجرد ازالة الضرر بمقابل معادل له تماما ، وكل زيادة عن ذلك تكون غريبة عن فكرة التعويض والمسئولية المدنية وتجد أساسها فى فكرة العقوبة أو الانتقام من محدث الضرر ويجب استبعادها من التعويض .

---

(١) ليس بحثنا فى هذا الشأن دراسة القانون المدنى المصرى القديم الذى لم يعط المسئولية المدنية قدرها الملائم من حيث الصياغة أو بيان روح التشريع .

وقد تلقف واضعوا التقنين المدنى الفرنسى لعام ١٨٠٤ هـذه الافكار وقاموا بصقلها وابراز الاتجاهات الاساسية بها ، وحاولوا صياغتها بدقة متناهية بهدف الغاء النزعة الشخصية تماما من تقدير التعويض، وتم وضع التعويض فى قالب موضوعى بحت — من وجهة نظر المسئول — بحيث لاتتخلله أية عناصر شخصيه مستمدة من الخطأ أو مدى جسامته ، أو من المشاعر الغريزية أو شعور المضرور . فالأمر يتعلق بجبر الضرر وحسب ، مع طرح المؤثرات الشخصية المتعلقة بالمدعى عليه جانبا وبصورة كاملة. وبذلك فان الفكرة التى سيطرت على أذهان واضعى التقنين المدنى الفرسى كانت تتمثل فى الاتجاه بالتعويض من الشخصية المتطرفة التى عرفها القانون الرومانى الى الموضوعية المطلقة ، أى من النقيض الى النقيض تماما وبصورة حاسمة لاتتسع بأى استثناءات . وبالتالى فانه من المؤكد أنه فى عام ١٨٠٤ قلما شغلت العقوبة الخاصة الافكار[١] .

٣٩ — وعلى هذا النحو يمكن بلورة الافكار الاساسية التى اعتنقها واضعوا التقنين المدنى الفرنسى ، والتى بدت أكثر وضوحا وتأكيدا فى نظر الفقه اللاحق ، فيما يلى : أ) التميز الكامل بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية : فمنـذ وضع التقنين المدنى الفرنسى أصبح هـذا المبدأ مؤكدا ونهائيا[٢] . فالمسئولية الجنائية تنصب على الاضرار التى تلحق بالمجتمع ، والى الدولة وحدها — كقاعدة عامة — ترجع مباشرة الدعوى الجنائيـة ، واليها وحدها يرجع أمر القصاص من الجانى عن طريق العقوبة العامة بينما

---

(١) Jacomet (P.) : Essai sur les sanctions civils de caractere pénale en droit francais, thése, Paris 1905, p. 10.

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية ، ج ١ فقرة ٤٢

المسئولية المدنية تتناول الضرر الفردى،وجزاؤها هو التعويض الذى يحصل عليه المضرور عن طريق الدعوى المدنية •

وباستقلال كل من المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية كل منهما تجاه الاخرى اقتصر دور الفرد ، بمناسبة الفعل الضار ، على طلب التعويض المدنى دون طلب توقيع العقاب على المذنب [1]، فهذا العمل الاخير هو عمل السلطات العامة باجراءات وجزاءات لادخل للمضرور فى طلبها أو اقتضائها•والمسئولية الجنائية تستهدف المذنب وبمقدار ذنبه ولو لم يحقق جرمه النتيجة التى كان يرجوها•أما المسئولية المدنية فهى تستهدف المضرور وحده فتصلح له ما أصابه من ضرر نتيجة لخطأ الغير•فالمسئولية الجنائية جزائية أو رادعة (repressive) بينما المسئولية المدنية فى جوهرها اصلاحية (réparatrice) •

• ٤ — (ب) المسئولية المدنية تقوم على الخطأ : وهـذا ما يتضح من عبـارات واضعى التقنين المدنى الفرنسى • فنجد فى تقرير الاعمال التحضيرية للتقنين ، فيما يتعلق بالتعويض المدنى «أنه ليس أمرا مبالغا فيه أن نطلب بعض التضحية المالية التى تعادل محل الضرر من ذلك الذى تسبب فيه بعدم حيطة

---

(١) عدا جرائم معينة مثل جرائم القذف والسب يعلق القانون فيها تحريك الدعوى الجنائية على شكوى المجنى عليه. وليست الحكمة من ذلك اعتبار هذه الجرائم (جرائم خاصة) ولكن لان هذه الجرائم تمس مصلحة الفرد اكثر مما تمس مصلحة الجماعة . وهذه الشكوى من المجنى عليه ليست سوى ازالة للقيد الذى وضعه القانون على النيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية فى مثل هـذه الجرائم ومتى زال هـذا القيد سارت الدعوى الجنائيـة فى طريقها الطبيعى ، ومتى وقعت العقوبة،بدنية كانت او مالية ، فان الدولة وحدها هى التى تقوم باقتضائها او تنفيذها .

أو عدم انتباه [1] ... فاذا وقع ضرر بخطأ شخص معين ، واذا قمنا بالموازنة بين مصلحة المضرور ومصلحة محدث الضرر باهماله فان صيحة العدالة ترتفع وتجيب بأن الضرر يجب أن يعوض من فاعله ... والضرر لكى يكون محلا للتعويض يجب أن يكون نتيجة لخطأ أو اهمال شخص ما . فاذا لم يمكن اسناده لخطأ أو اهمال فانه يكون من صنع القدر ، حيث كل يجب أن يتحمل بالاقدار . ولكن اذا كان هناك خطأ أو اهمال ، مهما كان أثرهما يسيرا على الضرر الواقع فان التعويض يصبح أمرا واجبا [2] » .

وبذلك تلاشت نهائيا من أفق القانون الفرنسى فكرة الجريمة الخاصة، التى عرفها القانون الرومانى ومن بعده القوانين الجرمانية والقانون الفرنسى القديم والتى كانت تولد للمضرور حقا فى العقوبة الخاصة ، وحلت محلها فكرة المسئولية القائمة على مبدأ عام قوامه أن كل من أحدث ضررا بالغير بخطئه يلتزم بتعويض هذا الضرر .

ويتبين من ذلك أيضا أن التقنين المدنى الفرنسى أخذ بفكرة وحدة الخطأ كأساس لاسناد التعويض الى شخص ما ، وبالتالى فان أى خطأ ولو كان يسيرا يوجب المسئولية . وهو بذلك قد رفض نظرية بوتييه (Pothier) عن تدرج الخطأ ليأخذ بمعيار موحد ، حيث الانحراف عن السلوك المعتاد يكفى لقيام المسئولية .

٤١ - (ج) التعويض المدنى ليس عقوبة : فما دامت المسئولية المدنية

---

(١) من تقرير برتراند دى جراى المقدم الى الجمعية الوطنية عن لجنة وضع القانون المدنى الفرنسى Locré ; La legislation civile ‘ commerciale et criminelle de la France, t. XIII, no 9 in fine

(٢) Locré, t. XIII, P. 57 , No 19

قد تميزت عن المسئولية الجنائية ، فان التعويض المدنى يجب أن يتخلص من كل آثار جنائية ولا يتضمن صفة أو وظيفة العقوبة بأى حال . فالتعويض ليس له من وظيفة الا جبر الضرر . ولأن التعويض ليس عقوبة توقع على مرتكب الخطأ الذى سبب ضررا للغير ، فان هذا التعويض لا يختلف بالنسبة لدرجة جسامة الخطأ ، فالخطأ الجسيم كالخطأ اليسير كالخطأ العمد تؤدى كلها الى نتيجة واحدة من حيث تقدير التعويض . فثمة تعويض واحد لا يتأثر بدرجة جسامة الخطأ ، هو ذلك التعويض الذى يساوى مقدار الضرر .

وهذا ما يتضح بجلاء من ارادة واضعى التقنين المدنى الفرنسى . فيقول تاريبل (Tarrible) « انه لم يدخل فى مقاصد هذا التقنين أن يعتد بالجرائم فى علاقاتها بالنظام العام ، انها لم تواجه الا من حيث علاقاتها بمصلحة الفرد المضرور [1] » . ويقول برتراند دى جراى (Bertrand de Greuéille) « ان القانون لا يمكن أن يوازى بين الذى يخدع والذى يعانى . فاذا وقع ضرر بمواطن فنبحث ما اذا كان ممكنا بالنسبة لفاعل هذا الضرر أن يتوقى احداث الضرر ، فاذا كان ناتجا عن اهماله أو خفته وجب الحكم عليه بتعويض الضرر . وكل ما يتطلبه منا هذا الفاعل هو ألا نعاقبه فى شخصه ، وأن نحفظ عليه شرفه لأن الاحكام الجنائية لا تتناول الا الجرائم [2] . »

ويقول أيضا فى موضع آخر « .. هذا الوضع (التعويض) يشمل على اتساعه جميع أنواع الضرر ويخضعها لتعويض موحد يتحدد مقداره بمدى الضرر الواقع ، فمن القتل الى الجرح البسيط ، ومن احراق مبنى الى اتلاف منقول تافه ، كل ذلك يخضع لنفس القاعدة ، كل ذلك قابل للتقدير

---

(١) مشار اليه فى مؤلف مازووتنك : المسئولية المدنية ، جـ ١ فقرة ٤٢

(٢) Locré, t XIII ، P. 40 et 41

الذى يعوض المضرور عن الضرر الثابت ...[1] »

٤٢ — من هذه الافكار التى سادت الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى يمكن استخلاص النزعة الموضوعية المطلقة فى نظرية التعويض . فالخطأ أساس لقيام المسئولية وحسب ، وهو ينفصل عن تقدير التعويض الذى يقدر حسب مدى الضرر دون أى عنصر آخر وخاصة مدى جسامة الخطأ المنسوب الى المسئول.فالتعويض واحد بالنسبة لكل أنواع الخطأ، وهو التعويض الكامل عن كل الضرر.هذا المبدأ استخلصه الفقه الفرنسى كمبدأ أصيل من مبادىء المسئولية المدنية فى القانون الفرنسى [2] . وهو بذلك قد أسند الى المسئولية المدنية وظيفة منفردة تتحقق عن طريق التعويض المدنى وهى وظيفة جبر الضرر.أما عقاب المسئول أو ردعه بسبب جسامة خطئه فليس مستبعداً من وظائف المسئولية المدنية وحسب ، بل يجب أيضا استبعاد أى ظل لهذه الوظيفة من قواعد تقدير التعويض ومن أحكام المسئولية المدنية.

المطلب الثانى

مفهوم التعويض فى التقنين المدنى المصرى

٤٣ — اذا كان موقف التقنين المدنى الفرنسى لعام ١٨٠٤ يتمثل فى صياغة تشير الى الموضوعية فى تقدير التعويض استنادا الى أفكار واضحة

---

(١) Locré. t. XIII, P. 57, No. 19.

(٢) مازوونك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٦٤ وما بعدها — بودرى وبارد : الطبعة الثانية ج ٤ فقرة ٢٨٧٤ — ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٤٥٣ و٤٦٦ بلانيول وريبير ورودوان : ج ٧ الطبعة الثانية فقرة ٨٥٥ — بلانيول وريبير وبولانجييه ، ج ٢ فقرة ١١٥٢

من جانب واضعى هذا التقنين فان التقنين المدنى المصرى الجديد أخذ بصياغة مقاربة فى هذا الصدد .

فالمادة ١٧٠ من التقنين المدنى المصرى تقضى بأنه «يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق بالمضرور طبقا لاحكام المادتين ٢٢١و٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير » . وتقضى المادة ٢٢١ بأنه « ١ — اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص القانون فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهدمعقول. ٢ — ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادةوقت التعاقد» . وتنص المادة ٢٢٢ على أنه «١ — يشمل التعويض الضرر الادبى أيضا ، ولكنه لايجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب به الدائن أمام القضاء. ٢ — ومع ذلك لايجوز الحكم بتعويض الا للازواج والاقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

هذه النصوص تشير فى ظاهرها الى صياغة تعتنق المبدأ الموضوعى المطلق فى تقدير التعويض ، أو قد توحى بأن التقنين المدنى المصرى سار على نهج مطابق للتقنين المدنى الفرنسى .

فهذه المبادىء تخلص فى أن أى خطأ يكفى لقيام المسئولية والالتزام بالتعويض ، وأن التعويض واحد لكل درجات الخطأ ، وأن الخطأ لا قيمة له

الا فى اسناد المسئولية ولا علاقة له بتقدير التعويض.وأن القاعدة هى دائما التعويض الكامل أى الذى يشمل الخسارة التى لحقت بالمدين أو مافاته من كسب كما يشمل الضرر الادبى والضرر المادى، وأن التعويض يقدر تقديرا ذاتيا بالنسبة الى المضرور أى حسب ما لحقه هو من خسارة على وجه الخصوص ، وتقديرا موضوعيا بحتا بالنسبة للمسئول فلا يؤخذ فى الاعتبار مدى جسامة الخطأ فى جانب المدعى عليه أو مدى يساره أو عدم ثرائه .

٤٤ ــ ومع ذلك فقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ[1] «... ثم أنه (أى المشروع) رسم فى نصوص مفصلة حدود التعويض عن الضرر المادى ، والضرر الادبى ، وقد ردها الى فكرتين : أولاهما فكرة النتائج الطبيعية للعمل الضار ، وقد استعاض بها عن فكرة النتائج المباشرة التى كانت متبعة من قبل.والثانية فكرة الارتباط الواجب بين مدى التعويض وجسامة الخطأ ...»

كما جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد نص المادة ١٧٠ من القانون الجديد « ... يحدد النص مدى الضرر الذى ينجم عن الفعل الضار ويقدر التعويض وفقا للقاعدة العامة فى المادة(٢٩٩) من المشروع. ويكفى أن يشار فى هذا المقام الى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار.وينبغى أن يعتد فى هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف . والواقع أن جسامة الخطأ لايمكن الاغضاء عنها فى منطق المذهب الشخصى أو الذاتى.ولذلك تجرى التقنينات المدنية على اقرار هذا

---

(١)تقرير لجنة القانون المدنى عن مشروع التقنين المدنى بمجلس الشيوخ (المطابع الاميرية ١٩٤٨) ص ٣٨

المبدأ وتطبيقه فى أحوال شتى ...»[1]

فهل يعنى ذلك أن القانون المصرى يأخذ بعين الاعتبار المذهب الشخصى فى التعويض والوظيفة العقابية للمسئولية المدنيـة أم أنه يأخـذ بالاتجاه الموضوعى ووحدة وظيفة المسئولية المدنية على هذا الاساس مع التوصيـة بعدم اطلاقه الى حد التطرف ؟

ان أفكار واضعى التقنين المـدنى المصرى الجديد تشير صراحـة الى الاعتداد بجسامة الخطأ كعنصر من عناصر التعويض ، بخلاف أفكار واضعى التقنين المدنى الفرنسى التى استوحت اتجاها موضوعيا مطلقا .

لذلك يمكن القول بأن التشريع المصرى أخذ بالمبدأ الشخصى المعتـدل الذى يعد جسامة الخطأ عنصرا من عناصر تقدير التعويض الى جانب عنصر مدى الضرر ، ولكنه لم يتجه الى تغليب العنصر الاول على العنصر الثانى أو طغيانه عليه ، كما هو الشأن فى الشرائع البدائية التى كانت تجعل العقوبة الخاصة جزاء للفعـل غير المشروع ، أو بترجيح العنصر الثانى على العنصر الاول الى حد تجاهله تماما كما ذهب الى ذلك التقنين المـدنى الفرنسى فى صياغته وفى أعماله التحضيرية .

ان القضاء فى مصر يحجم عن التصريح بهذا المبدأ وان كان يتبعه باصرار واضطراد [2] على نحو ما سوف نراه . وكذلك فان الفقه فى مصر ـ رغم

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣

(٢) السنهورى : الوسيط ، ج ١ ص٩٧٤ من الطبعة الاولى وهامش(١) من هذه الصحيفة

ميله الى تقاليد القانون الفرنسى التى تأخذ بالموضوعية فى تقــدير التعويض لم يسعه الا القول بأنه اذا كان الاصل أن التعويض لا يقاس الا بمدى الضرر، فان جسامة الخطأ ، بارادة واضعى التقنين المدنى المصرى ، تدخل عنصرا من عناصر التقـدير الى جانب عنصر مـدى الضرر وهو عنصر يشـمله لفظ (الظروف الملابسة) الوارد بالمادة ١٧٠ بصريح عبارات الاعمال التحضيرية للتقنين[1] .

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٦٤٨ ـ حسين عامر : المسئولية المدنية ١٩٥٦ فقرة ٥٦٢ ص ٥٤٤ ـ اسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ، جـ٢، ١٩٦٧ فقرة ٤٧ ص ١١٥ و١١٦ ـ أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام جـ ١ ، ١٩٦٤ فقرة ٤٨٢ ص ٤٢٢ ـ سليمان مرقس . مصادر الالتزام ١٩٦٤ ، فقرة ١٤٠٩ ص ٣٧٤ .

الباب الثاني

التعويض من الوظيفة الاصلاحية
الى الوظيفة المزدوجة

٤٥ ـ لعل أول ماجذب انتباه الفقه الفرنسى الى وجوب التخفيف من اطلاق الاتجاه الموضوعى للتعويض ـ بالصورة التى وردت فى أفكار واضعى التقنين المدنى الفرنسى وفى صياغة هذا التقنين ـ هو أفكار الفقيه الالمانى ايهرنج (Ihering) المترجمة الى اللغة الفرنسية فى النصف الاخير من القرن التاسع عشر •

فقد سار القضاء الالمانى فى القرن التاسع عشر على مبدأ الموضوعية المتطرفة فى تقدير التعويض• فالتعويض يجب أن يطابق تماما الضرر الواقع ودون التفات الى درجة جسامة الخطأ المنسوب الى محدث الضرر •

وامعانا فى التطرف فان المحاكم الالمانية ، تحت تأثير الخشية من اثراء المضرور ، لم تكن تسمح الا بتعويض يعادل الاضرار التى تلحق ذمة المضرور بصفة مباشرة• بل ان الضرر المالى كان يحتسب بدقة بحيث لايشمل الا المطالبات التى لاجدال فيها ، مما كان يهدر المصالح المشروعة للمضرور [١] •

وترتيبا على ذلك فقد كانت المحاكم الالمانية ، وهى بصدد تقدير التعويض ، تستبعد أى عنصر شخصى يتعلق بسلك محدث الضرر ، حيث كانت تعد التعوض مسألة لا علاقة لها بالاخلاق (amoral)، اعتقادا منها بأن ذلك يطابق القواعد الثابتة للقانون الرومانى [٢]،

وقد عارض ايهرنج هذا الاتجاه من جانب القضاء الالمانى على أساس أن القانون الرومانى كان يقوم أساسا على الموازنة بين الخطأ والضرر فى تقدير التعويض [٢]، وأن المهمة الاولى للعدالة اليوم يجب أن تتمثل فى الموازنة بين

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ، ص ٤٤

(٢) نفس المرجع ، ص ٤٥

(٢) Ihering : La faute en droit privé, trad Meulenaire, P. 61

المسئولية ودرجة الخطأ[1] ، بحيث يزيد التعويض اذا كان الخطأ عمدا أو غشا ويخفض حتى ولو بما يقل عن مدى الضرر اذا كان الخطأ تافها[2] . ولذلك فان العقوبة الخاصة لم تعد فى رأيه ذلك النظام العتيق الذى ينفر منه القانون المعاصر ، وانما صار من الواجب أن تتجه اليها جهود الفقه من جديد[3] .

هذه الافكار التى نادى بها ايهرنج ، للتخفيف من النزعة الموضوعية أو المادية المتطرفة للقضاء الالمانى فى تقدير التعويض ، كانت فيما يبدو بادرة مشجعة للفقه الفرنسي للسير فى هذا الطريق ، بعد ترجمة هذه الافكار الى اللغة الفرنسية[4] .

---

(١) ايهرنج : الخطأ فى القانون الخاص ، ص ٩

(٢) نفس المرجع ، ص ٦١ - ٦٦

(٣) Ihering : La Lutte pour le droit, trad. Meulenaire p. 87 note 1.

(٤) تعرض ايهرنج لمناقشة مشكلة تنازع الاتجاهين الموضوعى والشخصى لنظرية التعويض فى مؤلفين من مؤلفاته على وجه الخصوص : اولهما كتابه (La faute en droit privé) الصادر عام ١٨٦٧ ، والثانى كتابه (La lutte pour le droit) الصادر عام ١٨٧٢ . ففى كتابه الاول اعترض ايهرنج على الفهم الخاطىء من جانب الفقه والقضاء الالمانى لافكار القانون الرومانى من أن هذا القانون كان يتجه الى الموضوعية المطلقة فى تقدير التعويض ، وأكد ان القانون الرومانى ، على العكس من ذلك ، كان يوازن بين درجة الخطأ ومقدار التعويض وذلك فى شكل العقوبة الخاصة المقررة للجرائم الخاصة (ص ٦١) .

ولكن ايهرنج يقول ايضا فى كتابه هذا ، ان فكرة العقوبة الخاصة اتجهت فى الوقت الحاضر الى القانون الجنائي وهجرت نطاق القانون المدنى بعد أن

فقد بدأ للسير فى اتجاه النزعة الشخصية للتعويض من جانب الفقه الفرنسى بتردد ، عن طريق الاشارة الى فكرة العقوبة الخاصة بصدد دراسة

=

كانت تسيطر على المراحل الدنيا للمدنية (ص ٤) ، ويضيف ايضا ان مبدأ استخدام العقوبة فى القانون الخاص انما يشير الى مرحلة دنيا من مراحل المدنية (ص ٧٤) ، ويقول ايهرنج أيضا فى مؤلفه هذا أن كل ماهو شخصى وكل مايتعلق بفكرة العقوبة يجب أن يستبعد من تعويض الاضرار (ص٦٩) .

على أن ايهرنج يعود فيقرر فى مؤلفه الثانى (La lutte pour le droit) أن الدقة الحسابية فى تقدير التعويض لا تتفق مع التقدير التحكمى وتجعله جزاء غير كاف فى بعض الاحيان مما يوجب الاتجاه نحو افكار جديدة (ص١٠٤)

فمن ناحية هناك حالات يصعب فيها تقدير مدى الضرر بدقة ، ومن ناحية اخرى فان مسلك القضاء الالمانى فى تقدير التعويض اوقعه فى المادية المطلقة (ص ٤٦ وص٤٨) ، وهو لذلك يتساءل ، بعد كثير من التأمل ، عما اذا كانت العقوبةالخاصة المعروفة فى القانون الرومانى — بعيدا عن أن تكون نظاما عتيقا — تبدو على العكس من ذلك نظاما مثاليا استبعده القانون ويجب أن تتجه اليه جهود الفقه من جديد (ص ٨٧ هامش ١). وينبه ايجنى (المرجع السابق ص٤٧هامش١) الى الفهم الخاطىء لبعض الفقه الفرنسى ، الذى اعتبر ايهرنج من انصار المذهب الموضوعى للتعويض ، وهذا الخطأ يرجع الى ان مؤلف ايهرنج (La faute en droit privé) رغم أنه صدر أولا فى عام ١٨٦٧ ، الا انه نشر فى فرنسا مترجما بعد الكتاب الثانى لايهرنج (La lutte pour le droit) الصادر عام ١٨٧٢ ، ، مما أوحى الى البعض بأن الراى الاخير لايهرنج كان الموضوعية فى تقدير التعويض ، فى حين ان الحقيقة هى ان الراى الاخير لايهرنج فى كتابه الثانى هو الموازنة بين التعويض وجسامة الخطأ. ولذلك يرى ايجنى ان ايهرنج يعد بحق من انصار فكرة العقوبة الخاصة فى القانون الحديث. وفق ما انتهى اليه رأيه الاخير فى كتابه (La lutte pour le droit) .

نظرية التعويض ، كظاهرة تستحق المقارنة بعد أن كانت هذه الفكرة قد اختفت من مؤلفات الفقهاء الفرنسيين بعد وضع التقنين المدنى الفرنسى عام ١٨٠٤ [١] .

وقد جاءت أول محاولة فى الفقه الفرنسى للكشف عن الاتجاه الشخصى فى الجزاء المدنى بصفة عامة على يد الفقيه ايجنى ، الذى تصدى لفكرة العقوبة الخاصة بدراسة مباشرة ومستفيضة فى مؤلفه الصادر عام ١٩٠٤ .

وتعد نظرية ايجنى عن العقوبة الخاصة فى القانون المعاصر ، اشارة البدء لتجدد الصراع بين الاتجاه الشخصى والاتجاه الموضوعى فى تقدير التعويض فى العصر الحديث ، كما تعد هذه النظرية محور الارتكاز فى كل جدل بين أنصار العقوبة الخاصة وخصومها فى صدد الدفاع عن شخصية التعويض أو موضوعيته .

فرغم أن فكرة العقوبة الخاصة قد عرفت خصوما ألداء فى الفقه المعاصر فان هذا الفقه لم يسعه الا أن يقر وجودها كحقيقة قائمة تقف وراء العديد من التطبيقات التى لا تفسر الا بفكرة العقوبة الخاصة [٢] حتى فى خارج نطاق

---

(١) Demouge = Reparation civile des délits, Paris 1893, p. 163 et S., P 264 et S.

(٢) بارتان (اوبرى ورو) ج ٦ فقرة ٤٤٣ هامش ١٠ - ليسيين ريبير ، المرجع السابق فقرة ٣٤ - ٦٧ - سافاتييه : المسئولية المدنية طبعة أولى ١٩٣٩ ، فقرة ٤٦٦ ، ٥٤٨ ، ٦١٢ - ٦١٤ والطبعة الثانية ١٩٥١ فقرة ٦١٠ والقانون المدنى طبعة ثانية ١٩٤٩ ج ٢ فقرة ٢٢٥ ، ٤٢٤ - بلانيول وريبير واسمان ج ٦ ١٩٥٢ فقرة ٦٨٣ وجزء ٧ بمعاونة رودان فقرة ٧٦٣ - مارتى ورينو ج ٢ ، ١٩٦٢ فقرة ٣٥٩ - مازوو تنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٢٥٢ - ٢٢٧٢

المسئولية المدنية.ويرى أغلب الفقه اليوم أن هـذه التطبيقات تشير الى انبعاث فكرة العقوبة الخاصة المعروفة فى القانون الرومانى من جديد فى القانون المعاصر [1] ، لكن هذا الفقه عادة ما يتحاشى مناقشة أسباب هـذا الانبعاث حتى لايعترف لهذه الفكرة بالشرعية باعتبارها أطلال نظام مصيره الى الانقراض [2]

وعلى ذلك فان هذه المحاولة مع أهميتها لم تفلح فى جذب فقه القانون المدنى اليها الذى ظل فى مجموعه منكرا لاهدافها متحاشيا الاعتراف بها كفكرة حاولت أن تفسر اتجاه الجزاء المدنى الحديث نحو الوظيفة العقابية. ومع ذلك فان التطورات السريعة والمتلاحقة لاحكام المسئولية المدنية شدت نظر جانب من الفقه اليها كوسيلة لتفسير هـذه التطورات ووضعها موضع الصياغة الفنيـة .

فقد قامت نظرية تنكر على الخطأ دوره فى اسناد المسئولية المدنيةوتفسر أساس هذه المسئولية بفكرة الضمان مع الاحتفاظ للخطأ بدور جديد يتمثل فى التأثير فى مدى التعويض أو التشدد فيه بما يجاوز التعويض الناتج عن الضمان وذلك على سبيل العقوبة الخاصة .

---

(١) ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٥٠٩ - اوبرى ورو ج ٦ فقرة ٤٤٣ هامش ١٠ - ليسيين ريبير:المرجع فقرة ٦٧ - ستارك:المرجع السابق ص٣٥٤ وما بعدها - بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٦٨٣ -مارتى ورينو: المرجع السابق ج ٦ فقرة ٣٥٩ -مازو وتنك،ج٣ فقرة ٢٣٥٢ - دى باج : المرجع السابق طبعة ثالثة ١٩٦٤ ج ٢ فقرة ١٠٣١ .

(٢) ريبير : القاعدة الاخلاقية، ص ٢٨٧ وما بعدها .

كذلك قامت نظرية أخرى فى الفقه الموضوعى للمسئولية المدنية تفسر الوضع القائم بأن المسئولية المدنية تتجه اليوم نحو الجماعية أى نحو التزام الكيان الاجتماعى ، متمثلا فى الانظمة الجماعية للتعويض ، بعبء التعويض عن الاضرار ، مع اعتبار جسامة الخطأ سببا لقيام المسئولية الفردية أى تحمل محدث الضرر فى ذمته بعبء التعويض بدلا من الذمة الجماعية التى حددها القانون أو العقد .

وعلى هذا النحو فسوف نتابع فى هـذا الباب محاولة بعث الوظيفـة العقابية فى الجزاء المدنى على يد ايجنى ، ثم الاتجاه الذى يرمى الى الجمع بين الوظيفة الاصلاحية والوظيفة العقابية عن طريق القول بازدواج أساس المسئولية المدنية ، ثم الاتجاه الذى يرمى الى الجمع بينهما عن طريق القول بازدواج المسئولية ذاتها ، لننتهى أخيرا الى تحديد أثر هذه الاتجاهات المختلفة فى ارساء دعائم الجمع بين الوظيفة الاصلاحية والوظيفة العقابية للتعويض .

الفصل الاول : نظرية العقوبة الخاصة

الفصل الثانى : نظرية ازدواج أساس المسئولية المدنية

الفصل الثالث : نظرية ازدواج المسئولية المدنية

الفصل الرابع : نحو تأصيل جديد للوظيفة المزدوجة للتعويض .

الفصل الأول

نظرية العقوبة الخاصة

٤٦ ـ حاول ايجنى فى مؤلفه السابق الاشارة اليه تقديم نظرية للعقوبة الخاصة فى القانون الحديث. وقد ربط ايجنى بين العقوبة الخاصة فى القانون الحديث وبين العقوبة الخاصة المعروفة فى القانون الرومانى من حيث المصدر والصفات والاهداف مع تعميم فكرة العقوبة الخاصة بحيث تمتد الى نطاق الجزاء المدنى بوجه عام دون أن تقتصر على اطار المسئولية المدنية. ولازالت محاولة ايجنى فى هذا الصدد هى الاساس الذى يقوم عليه تصور الفقه الحديث لفكرة العقوبة الخاصة والدور الذى يمكن أن تؤديه اذا ما قدر لها أن تجد لها مكانا فى القانون المعاصر.

على أن محاولة ايجنى كانت مثار نقد عنيف من الفقه بسبب مالحق بفكرة العقوبة الخاصة على يديه من ارتباط بالافكار التاريخية وبأفكار القانون الجنائى وبسبب ما أضفاه عليها من تعميم. ومع ذلك فقد كانت هذه المحاولة نقطة البداية فى اكتشاف الوظيفة العقابية التى يؤديها التعويض فى القانون المعاصر .

على هذا النحو فسوف نعرض لموقع التعويض من نظرية العقوبة الخاصة فى مبحثين يتناول أولهما مضمون فكرة العقوبة الخاصة والمبحث الثانى نخصصه لتقييم هذه الفكرة .

المبحث الاول : مضمون فكرة العقوبة الخاصة

المبحث الثانى : تقييم فكرة العقوبة الخاصة

المبحث الاول

مضمون فكرة العقوبة الخاصة

٤٧ ــ بدأ ايجنى محاولته ببحث العوامل المختلفة الكامنة وراء بوادر انبعاث العقوبة الخاصة ووجوب المساعدة على بعثها فى القانون الحديث ثم تحديد خصائصها ، وأعقب ذلك بمحاولة استخلاص تطبيقاتها من عموم الجزاء المدنى كما نعرفه اليوم استنادا الى هذه الخصائص ، لذلك فسوف نعرض لهذه المحاولة بشىء من الايجاز فى ثلاثة مطالب تتناول فى الاول منها عوامل انبعاث العقوبة الخاصة فى القانون الحديث وفى الثانى نعرض لخصائصها وفى الثالث والأخير لتطبيقاتها : ــ

المطلب الاول : عوامل انبعاث العقوبة الخاصة

المطلب الثانى : خصائص العقوبة الخاصة

المطلب الثالث : تطبيقات العقوبة الخاصة .

المطلب الاول

عوامل انبعاث العقوبة الخاصة

٤٨ ــ الظروف القانونية ٤٩ ــ الظروف الاخلاقية والاجتماعية
٥٠ ــ الظروف الاقتصادية ٥١ ــ قصور قواعد التعويض

٤٨ ــ حاول ايجنى أن يتقصى أسباب انبعاث العقوبة الخاصة فى القانون المعاصر بعد أن كانت قد اندثرت تماما بالفصل بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية فى صياغة التقنين المدنى والفرنسى

عاملين وراء هذا الانبعاث : العامل الاول يتمثل فى تجـدد المناخ الذى قام فيه نظام العقوبة الخاصة فيما مضى على نحو استتبع ظهورها من جـديد والعامل الثانى هـو أوجه القصور فى جزاء التعويض القائم على الاتجاه الموضوعى .

ففيما يتعلق بتجدد المناخ الذى نشأت فيه العقوبة الخاصة القـديمة : يقول ايجنى [١] ان العقوبة الخاصة تجد اليوم تفسيرها وتبريرها فى تغييرات طرأت على الحالة الاجتماعية وعلى الافكار والعادات والاخلاق ، أعادت تشكيل ظروف معينة كانت هى بذاتها سببا فى وجـود العقوبة الخاصة فيما مضى .

ويرجع ايجنى هذه الظروف المتجددة الى الظروف القانونية والظروف الاخلاقية والاجتماعية والظروف الاقتصادية [٢] .

وعن الظروف القانونية لعودة ظهور العقوبة الخاصة يقول ايجنى [٣] ، انه متى كانت العقوبة الخاصـة تجد مكانها على حدود كل من القـانون المدنى والقانون الجنائى فانها ستتأثر ولاشك بالتغييرات التى تطرأ على كل من هذين القانونين كما ستتأثر بمدى علاقتهما ببعضهما . فمن ناحية تطور القانون الجنائى هناك قانون علمى وضـعه ايهرنج يذهب الى أن تاريخ العقوبات هو الغاء مستمر (L'histoire des peines est une abolition constante) وهـذا القانون كان بمثابة العقيدة لدى رجال القـانون الجنائى كما كان

(١) ايجنى : المرجع السابق ، ص ٦٩ — ٧٠
(٢) ايجنى : المرجع السابق ص ٧١ — ١٠٠
(٣) نفس المرجع : ص ٧١ — ٨٣

هو الدافع وراء محاربة من فكرة ترمى الى توسيع نطاق الوظيفة العقابية فى القانون.ولكن استطلاع التشريع والقضاء والفقه المعاصر يشير الى ان القانون الجنائى قد استعاد بعض المجالات التى كانت قد أفلتت منه أو استولى على مجالات أخرى جديدة.على أن العقوبات اذا كانت تتزايد فى العدد فان هذا الاتجاه يقابله اتجاه آخر هو الحد من جسامة هذه العقوبات، ولذلك فالقاعدة التى تحكم تطورها ليست هى الالغاء المطرد ، وانما التخفيف المستمر . ولذلك فان تطور القانون الجنائى لا يقف فى وجه عودة ظهور العقوبة الخاصة ـ كعقوبة مخففة ـ بل هو يحبذها .

وفى نطاق القانون المدنى يقول ايجنى بأنه اذا كان رأى الش... أن التوسع فى العلاقات العقدية من شأنه الحكم على العقوبة الخاصة با... كما تشير الى ذلك دراسة القوانين القديمة حيث أدى ظهور العقود الى اختفاء فكرة الجريمة الخاصة والعقوبة الخاصة فان التطور يسير اليوم فى اتجاه عكسى حيث العلاقات العقدية فى المجتمع الحديث تتجه الى التقهقر ـ بحكم قانون التطور الذى يشير الى أن كل ازدهار لابد وأن يعقبه انتكاس ـ لصالح الانظمة القانونية وبالتالى فان انهيار العلاقات العقدية فى نظره ، من شأنه أنه يؤدى الى الارتداد الى الوراء وعودة ظهور العقوبة الخاصة .

والى جانب التطور المنفرد لكل من القانونين المدنى والجنائى تحرك مشترك يتمثل فى العلاقة بين القانونين.اذ الانفصال بين القا... الجنائى والقانون المدنى لم يعد مطلقا.فالقانون الجنائى يساعد المدنى فى تحقيق أهدافه من طريق التدخل بجزاءات معينة تدعم المدنى الذى قد يقصر عن تأكيد احترام القواعد المدنية.هذا التد... جانب القانون الجنائى يجب ألا يكون بوسائل جنائية خالصة أ...

بوسائل مخففة تتفق والمناخ الجديد الذى سيعمل فيــه وبالتالى فان ذلك جذب الانتباه الى ضرورة خلق عقوبة جديدة ، أخف من قسوتها من العقوبة العامة وأشد من الجزاء المدنى ، لتدعم هذا الجزاء بما يكفل تحقيق أهداف معينة فى القانون المدنى ، وهذه العقوبة الجديدة هى العقوبة الخاصة [١].

٤٩ ــ وأما عن الظروف الاخلاقية والاجتماعية فيقول ايجنى[٢] ، ان الظروف الاجتماعية والاخلاقيه الحالية تطابق تلك التى نشأت فيها العقوبة الخاصة فى الماضى . فالمجتمع الحديث يشهد تكرار عاملين كان لهما أثر حاسم فى ظهور العقوبة الخاصة فيما مضى هما الثقة المطلقة فى النقــود وسلطانها والحساسية المفرطة تجــاه الاخــلال بالحق (impressionnabilité). فظهور النقود كبدعة جديدة فى العصر القديم أدى الى امكان تقرير العقوبة الخاصة كجزاء مالى للفعــل الضار ، والحساسية تجاه الاخلال بالحق آدت الى تفاوت هذا الجزاء بتفاوت جسامة الفعل الضار .

وهذان العنصران يتكرران اليوم ، فالنقود اكتسبت سلطانا مطلقــا جديدا ، والشعور الاجتماعى أصبح كما كان سالفا ، لديه القابلية الكاملة للتأثر بمدى جسامة الخطأ مع فارق بسيط هو أن الشعور الاجتماعى اليوم يتميز عن الشعور فى عصور الانتقام بنزعة الرحمة . ان تكرار هذين العنصرين اللذين أديا الى ظهور العقوبة الخاصة فيما مضى من شأنه أن يؤدى بالتالى الى عودة ظهورها اليوم .

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ، ص ٩١ ــ وفى هذا المعنى ايضا : Ihering = La lutte paur le doit, p. 104 ــ جاكوميت ص ٧٣ ــ ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٥١١ ، ٥١٢

(٢) ايجنى : المرجع السابق ص ٨٤ ــ ٩٠

٥٠ — وعن الظروف الاقتصادية يقول ايجنى [1] ان سبب ظهور العقوبة الخاصة فى العصور القديمة يرجع الى أن النظام السائد كان نظام المبادلة ولذلك فان حرمان المضرور من منفعة شيء ما كان يولد لديه غضبا شديدا لصعوبة العثور على بديل لذلك الشيء وهذا الغضب لم يكن يصلح لتهدئته الا جزاء متجاوز لا يخففه الا فكرة العقوبة الخاصة • فلما جاء عصر النقود أمكن تقييم الضرر بسهولة والعثور على بديل للشيء بالنقود ، فحل التعويض بذلك محل العقوبة• غير أن الاكتمال المفرط للعلاقات الاقتصادية وتشابكها فى العصر الحديث أدى الى تزايد الشعور بالغضب لدى الدائن الذى يغدر به مدينه أو المضرور الذى ترتبك شئونه وعلاقاته المتعددة بالغير من جراء الفعل الضار ، ومن ثم فقد خلق المناخ الاقتصادى الجديد — رغم تميزه عن المناخ الذى نشأت فيه فكرة العقوبة الخاصة — الا أنه كان دافعا الى اعادة ذات الشعور الذى ساعد على نشأتها ، على نحو عادت معه هذه العقوبة الى الظهور من جديد •

٥١ — والعامل الثانى فى نظر ايجنى لعودة ظهور العقوبة الخاصة هو صعوبة التقيد بجزاء التعويض القائم على فكرة اصلاح الضرر وقصور هذا الجزاء عن حماية قواعد القانون المدنى [2] •

فاذا كان التعويض فى صورته التى أقرها التقنين المدنى الفرنسى يتمثل فى منح المضرور مبلغا من المال يعادل بدقة — دون زيادة أو نقص — مدى الضرر الذى أصابه ، ودون أى اعتبار لمدى جسامة الخطأ المنسوب الى المسئول ، فان هذا المبدأ ليست له سوى قيمة نظرية ، اذ ظهر قصوره فى التطبيق العملى •

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٩١ — ١٠٠

(٢) ايجنى : المرجع السابق ص ٩١ وما بعدها

فثمة حالات يصعب فيهـا تقدير الضرر بدقة وبالتالى يتعـذر حساب التعويض وخاصة فى ظل الحياة الاقتصادية الحديثة وسرعة تقلب الاسعار فى السوق [١].

وقد يستلزم الفعل الضار ردعا خاصا أشد من التعويض ولكنه لا يصل الى مرتبة العقوبة العامة ، فعندئذ يجب اللجوء الى العقـوبة الخاصة على الأخص كلما كان الفعل الضار يحقق منفعة للمسئول تفوق التعويض [٢] . فالعقوبة الخاصة على خلاف التعويض تسمح بالتفرقة بين المسئـول الذى ارتكب خطأ عمـديا وذلك الذى ارتكب خطأ يسيرا ، مما يوجب ضرورة الأخذ بها لتحقيق هذا الهدف [٣] .

ومن ناحيـة أخرى فان ضعف الجزاءات المدنية ، وعـدم الرغبة فى الاستعانة بالجزاءات الجنائية أدى الى أن تكون العقوبة الخاصة هى وسيلة قمع الغش فى القانون المدنى وردع الخطأ الجسيم فى المسئولية المدنية حيث المسئول يجب عليه فى هذه الحالة أن يدفع نوعا من الغرامة للمضرور خاصة فى تعويض الضرر الادبى [٤] ويضيف ايجنى [٥] ، أن النظرية التقليـدية للتعويض لاتعرف الا المسئولية الكاملة أو عـدم المسئولية ، وكذلك هى

---

(١) وفى نفس المعنى جاكوميت : المرجـع السـابق ص ٧٣ وما بعـدها ـ
Ihering : Le lutte pour le droit, P. 104.

(٢) فى نفس المعنى ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٥١١ ـ ٥١٢

(٣) فى نفس المعنى جينى : تعليق فى سيرى ١٩٢٧ ـ ٢ ـ ٣

(٤) ايجنى : المرجع السابق ص ٢٦٩ وما بعدها ، وفى نفس المعنى ريبير : القاعدة الاخلاقية ، الطبعة الرابعة ١٩٤٩ فقرة ١٧٧ ـ ١٨٥

(٥) ايجنى : المرجع السابق ص ٨٤ ـ ١٠٠

لاتعرف الا الخطأ أو الحادث المفاجىء ، كما لاتعرف الا الضرر المباشر وغير المباشر.ولكن الواقع فى نظر ايجنى ، أن هناك بين المسئول وغير المسئول من هو نصف مسئول (demi - responsable) والذى يجب أن يتحمل بنتائج خطئه ولكن بطريقة أقل قسوة . ثم هناك بين الخطأ الثابت والحادث المفاجىء تداخلا فى الحدود يتمثل فى القدرة على التوقع التى تختلف من فرد الى آخر كما تختلف حسب الظروف.وأخيرا فبين الضرر المباشر والضرر غير المباشر هناك فاصل متغير وعرضى يتعلق بدرجة ومدى الاهمال أو العنت من محدث الضرر[1] .واضافة الى ذلك فان مدى التعويض ومدى تأثيره على الاطراف هو مسألة لا تتفق مع مبدأ المساواة لأنه يمكن أن تخف وطأته أو تزيد حسب ثراء أو فقر المضرور أو المسئول[2] .

والنتيجة التى ينتهى اليها ايجنى من ذلك هى ضرورة تفريد التعويض (individualisaticn de la reparation) حسب مدى جسامة الخطأ على نمط تفريد العقوبة فى القانون الجنائى.ومتى تم ذلك فانه يجب الاعتداد بشخص محدث الضرر أكثر من الضرر ذاته وبالتالى يتوقف هذا التعويض المفرد (individualisée) عن أن يكون تعويضا ليصبح عقوبة خاصة[3] .

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص٨٧

(١) نفس المرجع ص ٨٨

(٣) نفس المرجع

المطلب الثاني

خصائص العقوبة الخاصة

٥٢ - يتجه ايجنى الى تحديد ذاتية العقوبة الخاصة فى القانون المعاصر بالعناصر التى كانت تميز هذه العقوبة فى القانون الرومانى ، اذ العقوبة الخاصة الحديثة فى نظره ماهى الا شكل متطور من العقوبة الخاصة القديمة.

ويقول ايجنى أن العقوبة الخاصة كانت فى الاصل رد فعل غريزى من المضرور تجاه مرتكب الفعل الضار ، وليس لها من عنصر مميز سوى المغالاة ذاتها وليدة الهوى . وهذه الصفة الجوهرية لازمت العقوبة الخاصة على مر الزمن رغم تطور القانون ، فاذا لم يكن اصلاح الضرر مما يرضى المضرور أتحنا له اثراء [1]، فالعقوبة الخاصة تتعلق بالمضرور أكثر منها بذمته. وقد تأكد عدم ارتباط العقوبة الخاصة بمقدار الضرر من بعد عن طريق التحديد القديم لمقدار الدية سواء بنص القانون أو بالعرف .

وقد كان أهم تطور لحق بفكرة العقوبة الخاصة بعد ذلك هو تدخل العنصر الاخلاقى فيها بحيث أصبحت لاتوقع الا على من ارتكب خطأ [2] ، فالى جانب اثراء المضرور أصبح يؤخذ فى الاعتبار افتقار مرتكب الفعل

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٢١ - ٢٥

(٢) نفس المرجع ص ٢٢

الضار ، وهذا ما كان يميز العقوبة الخاصة عن الدعاوى الاستردادية البحتة (actions réipersuctoires) • ثم ظهرت بعد ذلك الحاجة الى تحرير العقوبة الخاصة بتحطيم القالب الجامد للتعويض المحدد ، وتدخل جسامة الخطأ كعامل يؤثر فى التعويض [١] •

على هذا النحو أصبحت العقوبة الخاصة ، فى نظر ايجنى ، تقع على حدود كل من القانون الجنائى والقانون المدنى [٢] ، أو بعبارة أخرى أصبحت تتعلق بالقانون الجنائى بأصلها وهدفها وبالقانون الخاص بشكلها وآثارها [٣] • ويتضح ذلك بجلاء من النظر الى المعايير المميزة للعقوبة الخاصة من ناحية والى تقديرها من ناحية أخرى •

١ ـ عناصر العقوبة الخاصة :

٥٣ ـ فالعقوبة الخاصة تتحدد ذاتيتها قبل التعويض سواء من الناحية المادية (point de vue matériel) أو من الناحية الاخلاقية (point de vue moral) أو من ناحية الهدف الذى تسعى اليه (point de vue de but) [٤] .

فمن الناحية المادية يتحدد التعويض بمقدار الضرر بينما العقوبة الخاصة

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٢٢

(٢) نفس المرجع ص ٢٤

(٣) سافينى : الالتزامات ج٢ ص ٤٧٠ (مشار اليه فى مؤلف ديموج : الالتزامات ، ج ٤ فقرة ٥١٠ هامش ٢ ص ١٨٥) ـ وفى نفس المعنى جاكوميت : المرجع السابق ص ٤ .

(٤) ايجنى : المرجع السابق ص ٢٥ وما بعدها .

لاتخضع لذات المقياس ، ومن ذلك ينتج المميز الموضوعى للعقوبة الخاصة الذى يتمثل فى تحديد مقدارها (criterium objectif) وهو عدم الارتباط بمقدار الضرر الواقع [١].

أما من الناحية الاخلاقية ، فانه اذا كان كل من التعويض والعقوبة الخاصة يتطلب الخطأ ، فان للخطأ وظيفة مختلفة فى كل . فالخطأ بالنسبة للعقوبة الخاصة هو المقياس الاعلى بينما التعويض على العكس لا يتطلب الخطأ الا كعامل مساعد (deux ex machina) لتحديد من يتحمل بالاضرار ، المضرور أو محدث الضرر . فالخطأ ليس له من قيمة بالنسبة الى التعويض الا قيمة عرضية (symptomatique) ولكن العقوبة الخاصة تحول هذا العنصر الى عنصر مميز (caractéristique) يؤثر على مقدار التعويض فهى اذن جزاء يتأثر بمدى جسامة الخطأ قبل أن يرتبط بمدى الضرر ، وهذا هو المميز الشخصى للعقوبة الخاصة الذى يتمثل فى أساسها (criterirm subjectif).

وأما من ناحية الهدف ، فان هدف التعويض هو جبر جرح سابق ، أما هدف العقوبة الخاصة فهو احداث جرح جديد [٢]. فالعقوبة تستهدف محدث الضرر والتعويض يهتم بالمضرور وعلى ذلك فاننا نكون بصدد عقوبة خاصة كلما اتجهت نية المشرع الى ردع تصرف مشوب بالذنب أكثر منها جبر الضرر وهذا هو المميز المتعلق بالهدف (critèrium téléo'ogique)

وهكذا تتحدد طبيعة العقوبة الخاصة فى القانون الحديث — فى نظر

فى نفس المعنى جاكوميت المرجع السابق ص٢٨ — ديموج: الالتزامات ج ٤ فقرة ٥٠٩ — مارتى ورينو : القانون المدنى ج ٢ فقرة ٣٥٩ — مازووتنك: المسئولية المدنية ج٣ فقرة ٢٣٥٢

ايجنى المرجع السابق ص ٤٧

ايجنى وجانب كبير من الفقه — فى جزاء يجمع بين صفات الجزاء المــدنى والجزاء الجنائى ، أى بين العقوبة العامة والتعويض ويمكن التعرف عليهــا بمميز مادى يتمثل فى عدم الارتباط بمدى الضرر ومميز أخلاقى يتمثل فى التأثر بمدى جسامة الخطأ ومميز متعلق بالهدف يتمثــل فى استهــداف ردع الذنب المــدنى .

٢ — تقدير العقوبة الخاصة :

٥٤ — وعلى هذا النحو يذهب ايجنى [١] الى أن أسهل طريق للكشف عن عناصر العقوبة الخاصة (les éléments composants) هو النظر اليها من وجهة نظر التعويض فالعقوبة الخاصــة تنزل بالتعويض أو تدعمه أو تتجــاوزه

(la peine degrade la reparation, la renforce, la depasse)

فالتعويض لايعرف الخطأ ولا يعتد به الا كأساس المسئولية ، بينما العقوبة الخاصة تحوله الى مقياس للمسئولية . وهــذا ما يشير اليه فى رأيه تطور القانون المقارن والقضاء الفرنسى نحو الاعتداد بمدى جسامة الخطأ فى تقدير التعويض وهذه هى الوجهة الاخلاقية للعقوبة الخاصة (la peine privée morale) والعقوبة الخاصة تدعم التعويض اذ هو لا يكفى فى كثير من الحالات بمــا يتطلبه من اثبات الضرر والتقيد بمقداره لمنع الاهمال وسوء النية ومن هذا كانت الحاجة الى تقوية وظيفة المنع (prévéntion) بجعل الجزاء مستقلا عن الضرر ، وبقياسه بدرجة عناد المذنب أو بدرجة تعنته وهذه هى وجهــة القهر فى العقوبة الخاصة (la peine privée contrainte) . والعقوبة الخاصة تتجاوز مقدار التعويض بسبب بعض العناصر التى لاتعرفها النظرية التقليدية للتعويض وهى القيمة المثاليــة للحق (Valaire ideal du droit) .

فالاخلال بالحق وخاصة الحقوق غير المالية ، يؤدى فى ذاته الى متاعب ، أنه

---

(١) نفس المرجع ص ٣١٢ — ٣٢٨

اهانة لصاحب الحق يجب أن يعوض عنها استقلالا عن أى ضرر. تكفى قيمة المخاطر (valeur des risques) فالمضرور الى جانب الضرر الحقيقى ، يتحمل بمخاطر أخرى تتمثل فى عدم اكتشاف الضرر أو الفاعل أو عدم امكان الاثبات أو اعسار المسئول أو تكرار الفعل الضار. وهناك قيمة الفائدة التى جناها المسئول من الفعل الضار (La valeur de profit tiré de l'acte illicite).
هذه هى فكرة الارضاء فى العقوبة الخاصة (La peine privée satisfactoire)

ويضيف ايجنى أن العقوبة الخاصة تحمى مصلحة المسئول ومصلحة المضرور والمصلحة الاجتماعية . مصلحة محدث الضرر ، حيث العقوبة الخاصة تحدد مسئوليته حسب مدى جسامة الخطأ الصادر منه فتضعه فى مأمن من تعسف التعويض وخاصة اذا كان خطؤه عرضيا أو غير ارادى. مصلحة المضرور، وذلك بتحقيق ارضاء نفسى له ، بتوقيع عقوبة على من خانه فى ثقته. والعقوبة الخاصة تحقق أيضا المصلحة الاجتماعية حيث نظام العقوبات العامة يعتوره القصور بعدم شموله لبعض الأفعال بالعقاب وبعدم التناسب مع مدى خطورة الفعل ذاته ، والعقوبة الخاصة تقدم الحل لذلك. هذا فضلا عن أن العقوبة الخاصة بما تعطيه من ارضاء كامل للمضرور ، تحوله عن فكرة الحصول على العدل بنفسه.

٥٥ — ولكن يبدو أن يجنى يكاد ينفرد بين مؤيدى العقوبة الخاصة، أو القائلين بوجودها كحقيقة قائمة فى القانون الحديث ، بالقول بأنها يمكن أن تؤدى الى أن يقل التعويض عن مدى الضرر بالنظر الى عدم جسامة الخطأ [١] . أما بقية الفقه فانها تجمع على أن العقوبة الخاصة ما هى الا تلك

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٣٢٣ — وفى نفس المعنى ايهرنج : الخطأ فى القانون الخاص ص٦١ ومابعدها :

الزيادة فى التعويض الموضوعى والتى لا تقابل الضرر وانما تخصص لعقاب المسئول .

ذلك أن ايجنى يرى أن هدف العقوبة الخاصة ليس فحسب عقاب المسئول عن جسامة خطئه بل هى تهدف أيضا الى حماية المسئول ذاته من تعسف التعويض والافراط فى الردع[١] .وذلك بالنزول عن مدى الضرر فى حالة الخطأ اليسير[٢] .بينما يخصص بقية الفقه العقوبة الخاصة لعقاب المسئول ، وبالتالى يرى هذا الفقه أن العقوبة الخاصة تعتد بالحالة النفسية للمضرور فتتجاوز مقدار الضرر[٣] ، وهى تتأثر بمدى جسامة الخطأ ولكن ذلك لايعنى النزول بالتعويض عن مقدار الضر بحجة أن الخطأ كان يسيرا[٤]، فاذا كان التعويض لايقاس الا على الضرر دون الاعتداد بظروف طرفى المسئولية فان العقوبة الخاصة على العكس من ذلك تمثل فائدة زائدة تحققها للمضرور على حساب مرتكب الفعل الضار وبمراعاة اعتبارات أجنبية عن الضرر الواقع[٥] .فالغرض الحقيقى للعقوبة الخاصة ليس هو جبر الضرر بل معاقبة محدث الضرر[٦] .انها ليست وسيلة القانون المدنى لتعويض الضرر ولكنها وسيلته لمعاقبة وقمع الافعال التى تتضمن ذنبا أو غشا .فمرتكب

---

(١)ايجنى : المرجع السابق، ص ٣٢٣

(٢)نفس المرجع

(٣)ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٥٠٩

(٤)نفس المرجع فقرة ٥١١

(٥)بارتان (اوبرى ورو) ج ٦ الطبعة الخامسة فقرة ٤٤٣ هامش ١٠ - بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٦٨٣

(٦)ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٤٩ - ٥٥

الفعل الضار يدفع نوعا من الغرامة الى المضرور[١] . هى اذن ذلك التجاوز فى مقدار التعويض العادل للضرر بما يحقق للمضرور الانتقام من محدث الضرر[٢] . فنحن اذن بصدد عقوبة خاصة كلما كانت هناك زيادة فى التعويض عن مدى الضرر وهذه الزيادة لا تخصص لجبر الضرر ولكن لمعاقبة محدث الضرر وارضاء رغبة الانتقام لدى المضرور . هذا فى اطار نظرية التعويض . أما فى غير اطار المسئولية المدنية فنحن بصدد عقوبة خاصة ، كلما كان الهدف الاول للجزاء المدنى هو معاقبة المذنب وافادة المضرور قبل أن يكون ازالة آثار المخالفة القانونية[٣] .

---

(١) ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٧٩

(٢) مارتى ورينو : المرجع السابق ج ٢ فقرة ٥٣٩ ـ مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٥٢

(٣) لم يقف ايجنى عند مجرد ايضاح الصفة المزدوجة للعقوبة الخاصة وتحديد ذاتيتها قبل كل من العقوبة العامة والتعويض وبيان كيفية تقديرها ، وانما حاول أيضا التصدى لكيفية تطبيق هذه العقوبة بما يتفق وطبيعتها المزدوجة . ومن ذلك مشكلة الجمع بين العقوبة الخاصة والعقوبة العامة ، فيقو ايجنى (المرجع السابق ص٣٣٢ ، ٣٣٣) أن العقوبة الخاصة يمكن أن تحل محل العقوبة العامة ؛ كما أنها يمكن أن تكملها فالمسألة تتعلق بالملائمة والموازنة حسب الظروف (ويقترب من ذلك جاكوميت . المرجع السابق ص ٩٤) من عدم جواز الجمع بين العقوبة العامة والعقوبة الخاصة كمبدأ وان كانت العقوبة الخاصة تعد مكملة للعقوبة العامة فى فروض معينة وذلك يرجع الى ظروف المنطق والملائمة) .

وقد تبع بعض الفقه هذا المسلك فى اعطاء العقوبة الخاصة تميزا ذاتيا فى التطبيق . ومن ذلك أن ديموج (الالتزامات ج ٤ فقرة ٥١٢) يرى أنه لايجوز لدائنى المضرور المطالبة بالعقوبة ولا يحكم بها على ورثة المسئول أو شركائه

=

وهى لاتطبق بأثر رجعى ولا تقبل التضامن ولا تتقرر الا بنص ولكن وليس من رقابة على قاضى الموضوع اذا هو حدد التعويض مراعيا فيه هدفا عقابيا .

ومن ذلك ما ذهب اليه العميد ريبير (القاعدة الاخلاقية الطبعة الرابعة ١٩٤٩ فقرة ١٨٣) من ان طبيعة العقوبة الخاصة التى تسيطر على فكرة تعويض الضرر الادبى من شأنها ان تؤدى الى حرمان دائنى المضرور من المطالبة بهذا التعويض والى قصر المطالبة به على نوع معين من ورثة المتوفى ، والى جواز الجمع بين هذا التعويض ومبلغ التأمين على الحياة ، وأن الدولة لا تلتزم بهذا التعويض ، على ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى لمدة طويلة.

ومن علاقة العقوبة الخاصة بالقانون الدولى الخاص يقول ايجنى (العقوبة الخاصة فى القانون المعاصر، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٠٦ ص ٤١٦ وص ٤٦٠ وما بعدهما) بصدد القانون واجب التطبيق ، انه اذا تعلق الامر بعقوبة خاصة ترتبط بعلاقة تعاقدية فانها تخضع للقانون الذى ينظم العلاقة ذاتها . أما عن الشرط الجزائى ، الذى يعده ايجنى من تطبيقات العقوبة الخاصة، فان صحة هذا الشرط يحكمها قانون مكان العقد ، اما اثار الشرط الجزائى فانها تكون معلقة على مدى ماتسمح به فكرة النظام العام فى قانون القاضى، ويضيف ايجنى انه يمكن تطبيق العقوبة الخاصة فى بلد من البلاد دون الاعتراض بعدم قابلية العقوبات الاجنبية للتطبيق الوطنى ، وذلك ازاء عدم التطابق التام بين العقوبة والتعويض .

ويرى هنرى باتيفول (القانون الدولى الخاص الطبعة الثالثة ١٩٥٩ فقرة ٢٥١) ان العقوبة الخاصة اكثر ارتباطا بالقانون المدنى منها بالقانون الجنائى ولذلك فان القاضى الفرنسى لايجوز له أن يرفض العقوبة الخاصة الاجنبية بحجة ان القانون الجنائى الاجنبى لا يطبق فى بلاده مع مراعاة الا تكون العقوبة الخاصة متعارضة مع النظام العام اذا كان مغالى فيها .

المطلب الثالث

تطبيقات فكرة العقوبة الخاصة

٥٦ - تقسيم ايجنى للعقوبة الخاصة ٥٧ - التطبيقات التى تشبه العقوبة الخاصة ٥٩ - العقوبة الخاصة الكمية ٦٠ - الشرط الجزائى ٦١ - التعويض المحدد قانونا ٦٢ - الاعتداد بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض ٦٣ - الفروض الخاصة للمسئولية .

٥٦ - رأينا خلال دراستنا لنمو فكرة العقوبة الخاصة خلال المراحل القانونية المختلفة أنها كانت محصورة فى جزاء المسئولية.ففى المراحل السابقة على التميز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية كانت العقوبة الخاصة جزاء للمسئولية بصفة عامة ، كما كان الحال فى الشرائع البدائية وفى القانون الرومانى.فلما أخذت المسئولية المدنية تنفصل عن المسئولية الجنائية أخذ نطاق العقوبة الخاصة ينحصر بدوره فى المسئولية المدنية تاركا المسئولية الجنائية للعقوبة العامة .

غير أن ايجنى فى محاولته احياء العقوبة الخاصة لم يقتصر على هذا النطاق المحدود ، وانما بسط فكرة العقوبة الخاصة محاولا عن طريقها تفسير العديد من الجزاءات المدنية حتى فى خارج نطاق المسئولية المدنية .

وقد صنف ايجنى العقوبات الخاصة الى ثلاثة أنواع : العقوبة الخاصة القائمة على التقليد (La peine privée imitative) والعقوبة الخاصة الكيفية

(La peine privée qualitative) ، العقـوبة الخاصـة الكميـة
(La peine privée qualitative) [1]

وقد جرى أغلب الفقه على اعتناق التقسيم الذى قال به ايجنى ، أو على اتباع وصف هذا الفقيه لبعض أنواع الجزاء المدنى بأنها عقوبة خاصة ، أو على استخلاص خصائص العقوبة الخاصة من تطبيقاتها التى قدمها ايجنى .

١ ـ التطبيقات التى تشبه العقوبة الخاصة :

٥٧ ـ وهذا النوع يتضمن فى نظر ايجنى بعض التطبيقات محل الجدل والتى يمكن أن تستخلص فيها فكرة العقوبة الخاصـة بالتحليل والتأمل والمشابهة بينها وبين التطبيقات الحقيقية للعقوبة الخاصة[2] ، وهى تشمـل الحكم بالمصاريف القضائية (dépens) ونشر الاحكام (publicite de jugement) والمصادرة (confiscation) .

فاما عن المصاريف القضائية فيقول ايجنى[3] ، ان المحكمة قد تحكم على

---

(١) يقول ايجنى (ص ١٠٥ ـ ١٠٩) أن العقوبة الخاصة الكمية تشمـل الظواهر التى تتميز عن التعويض من حيث المقدار ، اما العقوبة الخاصـة الكيفية فتشمل الظواهر التى تحمل صفة العقوبة مثل حالات السقوط ، واما العقوبة القائمة على التقليد فتشمل باقى صور العقوبة الخاصة التى لاتدخل فى هذين الفرعين الرئيسيين . وينتقد جاكوميت هذا التقسيم (المرجع السابق ص ٣١،٣٢) بأنه تقسيم صناعى بحت ولا يساعد على تحديد فكرة العقوبة الخاصـة ، لانه فى نطاق القانون الخاص لانعدم انواعا من السقوط ليس من شأنها ان تؤثر بأى حال على مضمون الذمة المالية للشخص .

(٢) ايجنى : المرجع السابق ص ١٠٨

(٣) نفس المرجع ص ١١٠ ـ ١١٥.

الخصم الذي خسر الدعوى بالزامه بالمصاريف القضائية ، وقد تحكم بالمقاصة بصفة كلية أو جزئية ، وقد يكون الخصم سيء النية فيتحمل أيضا بالمصاريف غير الرسمية (faux frais) ، وهذه الوسيلة تنطوي على تأثر بالافكار الجزائية يكاد يستوحي فكرة العقوبة الخاصة وان كان لايمثلها بمعنى الكلمة [١].

وأما عن نشر الاحكام القضائية في الصحف على نفقة المحكوم عليه وخاصة في قضايا التعويض عن القذف والمنافسة غير المشروعة فيقول ايجنى [٢] ، ان ذلك وان كان لايمثل فكرة العقوبة الخاصة من الناحية الجوهرية فانه يعكسها عرضا بتأثره بالافكار الجزائية من حيث تجاوز التعويض المجرد الى الحكم بالنشر كجزاء للغش [٣].

وفيما يتعلق بالمصادرة ، فانها تقدم العقوبة الخاصة ، في نظر ايجنى [٤] ، في الشكل الخالص الملموس في حالة ما اذا آلت الاشياء المصادرة الى المضرور فحققت له اثراء .

---

(١) ولكن رأيا آخر في الفقه ينكر على المصاريف القضائية صفة العقوبة الخاصة لانها تؤول الى خزانة الدولة وليس الى المضرور (ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٦٣) .

(٢) ايجنى : المرجع السابق ص١١٦ - ١١٨ - وفي نفس المعنى : ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٨٠.

(٣) ويضيف رأي آخر ان نشر الحكم ما هو الا نوع من التهديد بالنسبة الى المستقبل او الردع للمخالف بعقوبة أدبية تتعلق بفكرة العقوبة الخاصة (ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٥٤)

(٤) ايجنى : المرجع السابق ص١١٩ - ١٢٦ ، وفي نفس المعنى : ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٥٣ ، مازوو وتنك : المسئولية المدنية ج٣ فقرة ٢٣٥٣

ولكن ايجنى يعترف بأن التطبيقات القانونيـــة لهذه المصادرة تجعل العقوبة الخاصة محل جــدل : ذلك أنه فى حالة مصادرة الاشيــاء المزورة او المقلدة اخلالا ببراءة الاختراع أو بالعلامة التجارية ، تتم المصادرة رغم الحكم ببراءة الحائز وبالتــالى ينصب الاجراء على الشيء أكثر منــه على الشخص.ولذلك فان المصادرة ربما تكون عقوبة غير كاملة ، ولكنها تفتح الطريق أمام القضاء لتقرير عقوبة تفيد المضرور .

٢ ـ العقوبة الخاصة الكيفية :

٨٢ ـ رأى تتضمن فى نظر ايجنى تطبيقات العقوبة المتنوعة من حيث صفاتها[1] ، وتشمل فى نظره السقوط والبطلان والفسخ والرجوع بعض الجزاءات المقررة للقواعد الشكلية . وهذه العقوبات الخاصة تتوزع مختلف صور الجزاء المدنى فى عمومه ، وتجمع بينها صفة مشتركة هى تقرير جزاء متميز يحقق منفعة للمضرور على حساب المسئول.ولكن ايجنى لايعطى الصفة الخالصة للعقوبة الخاصـــة فى جميع هــذه التطبيقات ، بل يكتف

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص١٠٨ ومابعدها . ومن ذلك سقوط حق الوارث فى قبول التركة او رفضها متى ارتكب غشا فى الجرد (المرجع السابق ص٩٠ وما بعدها ــ وفى نفس المعنى ديموج الالتزامات جـ ٤ فقرة ٥١٤ ، اوبرى (بارتان) جـ ٦ فقرة ٤٤٣ هامش ١٠ ــ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة . وحرمان الوارث الذى يخفى بعض الاموال الموروثة من نصيبــه فى الا المخفاة من ناحية وسقوط حقه فى قبول التركة بشرط الجرد من ناحية (المرجع السابق ص١٣٧ وما بعدها ــ وفى نفس المعنى ديموج : الا جـ ٤ فقرة ٥٦٥ ــ ليـسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٥٢ ــ مارتى جـ ٢ فقرة ٥٤٩ ــ ريبير :القاعدة الاخلاقية فقرة ١٧٨ ــ مازووتنك: المـ المدنية جـ ٣ فقرة ٢٣٥٤ .

باستخلاص الفكرة العقابية من بعضها مما يوحى بفكرة العقوبة الخاصة فى العصر الحديث.

وقد أضاف الفقه اللاحق أيضا السقوط المقرر فى عقد التأمين لحق المؤمن له فى اقتضاء مبلغ التأمين بسبب تخلفه عن تسليم المستندات الى المؤمن عند تحقق الخطر أو عدم ابلاغه بالحادث فور وقوعه كتطبيق للعقوبة الخاصة [١].

٣ - العقوبة الخاصة الكمية :

٥٩ - هذا النوع من العقوبات الخاصة - كما يقول ايجنى - يكشف

= ويرى ايجنى : ايضا ان الرجوع فى الهبة او الوصية بسبب الجحود من الموهوب له أو الموصى له يتسم بالصفة الجزائية التى تتفق والعقوبة الخاصة (المرجع السابق ص١٤١ - ١٤٥ ، وفى نفس المعنى ديموج : الالتزامات ج٤ فقرة ٥١٦ - ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٥١ - ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٧٨ - مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٥٤) ، وكذلك الشأن بالنسبة للفسخ فى العقود الملزمة للجانبين الذى قد يترتب عليه فى نظر ايجنى حرمان المدعى عليه من المنافع التى كان يتوقعها من العقد وتامين المدعى من مخاطر التنفيذ (المرجع السابق ص١٥٠) أما البطلان فانه يقف - فى نظر ايجنى - فى منتصف الطريق بين العقوبة والتعويض مما يجسد فكرة العقوبة الخاصة (المرجع السابق ص ١٥٥) .

(١) اندريه بيسون : فكرة السقوط فى التأمين ،المجلة العامة للتأمين البرى ١٩٣٦ ص ٢٢٥ ، ٤٧٣ ومابعدهما - بيكارد وبيسون ، مطول التأمين البرى جزء ١ فقرة ٢١٤ ، ٢١٥ - عبد المنعم البدراوى ، عقد التأمين ١٩٦١ فقرة ٢٥٠ - ٢٥٤ ص ٢٥٥ وما بعدها - السنهورى : الوسيط - ج٧ عقد التأمين فقرة ٦٢٧ ص ١٢٧ وفقرة ٦٤٣ ص ١٢١٢ وفقرة ٦٥١ ص ١٣٢٩.

العنصر الجزائى فى تقدير التعويض . وتقدير التعويض اما أن يكون اتفاقيا فى صورة شرط جزائى ، واما أن يكون قانونيا كما فى التعويضات المحددة قانونا ، واما أن يكون قضائيا .

الشرط الجزائى :

٦٠ – وقد خص ايجنى الشرط الجزائى بدراسة مستفيضة فى القانون المقارن والقانون الفرنسى خلال القرن التاسع عشر. كما أظهر ايجنى التفسير الذى قال به جانب من الفقه من أن الشرط الجزائى ما هو الا التقدير الجزافى للتعويض[1] ، وما قال به الرأى [illegible] من أن الشرط الجزائى ما هو الا عقوبة[2]، ثم كشف بعد ذلك عن ظهور رأى وسط من الفقه الى تكييف الشرط الجزائى بأنه عقوبة تعويضية (peine reparatrice).[3] ومقتضى هذا الرأى أنه وان كان التقنين المدنى الفرنسى قد اعتنق فكرة التعويض بسماحه للقاضى بتعديل قيمة الشرط الجزائى فى حالة التنفيذ الجزئى ، فان تطور القانون المقارن المقترن بانبعاث العقوبة الخاصة أدخل الافكار الجزائية فى الشرط الجزائى. فقد أكدت المحاكم الفرنسية الاستقلال الكامل للشرط الجزائى عن الضرر كما شايعت محكمة النقض الفرنسية ، فى نظر ايجنى ، هذا الاتجاه ، بالقضاء بعدم جواز تعديل الشرط الجزائى ولو كان مبالغا فيه ، عدا حالة التنفيذ الجزئى. كل ذلك يؤكد

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها .

(٢) نفس المرجع

(٣) ايجنى : المرجع السابق ص١٧٥ – ١٩٠ – وفى نفس المعنى : اوبر (بارتان) ج ٦ فقرة ٤٤٣ هامش ١٠

نظر ايجنى تقدم فكرة العقوبة وزوال صفة التعويض عن الشرط الجزائى [١].

التعويض المحدد قانونا :

٦١ ـ وهناك حالات يحدد فيها التعويض قانونا دون نظر الى الضرر وهى تتمثل فى بعض نصوص متفرقة خارج اطار القانون المدنى من ناحيـة وفى الفوائد التأخيرية التى يقررها هذا القانون من ناحية أخرى .

أما الحالات الاولى فتشمل ما نص عليـه قانون المناجم فى فرنسا من الزام مستغل المنجم الذى يستعمل حقه المشروع فى شغل الاراضى اللازمة لاعماله بتعويض الاضرار التى يسببها لمالك الارض ، وذلك بأداء مبلغ يمثل ضعف ريع الارض ، فاذا استمر شغـل الارض لاكثر من سنة ، أو اذا أصبحت الارض بعد شغلها غير صالحة للزراعة ، فان مستغل المنجم يجبر على تملكها نظير دفع ضعف قيمة الارض قبل شغلها [٢]. ومن ذلك ما يقضى به

---

(١) على أن بقية الفقه تعارض وصف الشرط الجزائى بانه عقوبة : كولين وكابيتان : القانون المدنى الطبعة الثانية ـ جـ٢ فقرة ١٠٦ ـ جوسران : القانون المدنى الطبعة الثانية جـ ٢ فقرة ٦٤٣ ـ جاكوميت : المرجع السابق ص ٤٩ ـ ٧٠ ـ ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٦٤ ـ ستارك : المرجع السابق ص ٣٩٢ .

(٢) وهو قانون المناجم الصادر فى ٢١ ابريل ١٨١٠ والذى ظل ساريا الى أن حل محله قانون ١٦ اغسطس ١٩٥٧ الذى استبعد هذا الحكم فى المادة ٣٧ ـ وقد راى جانب من الفقه الفرنسى فى ذلك الحكم تطبيقا لفكرة العقوبة الخاصة لما يتضمنه من الاخلال بالقاعدة العامة من ان التعويض يجب ان يتقيد بمدى الضرر اريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٧٩ ـ دى باج : القانون المدنى ١٩٦٤ فقرة ١٠٢١ ـ مازووتنك : المسئولية المدنية جـ٣ فقرة ٢٣٥٥) . واتجه ايجنى
=

قانون الغابات وقانون الصيد فى فرنسا ، فى حالة مخالفة أحكامه ، بتعويض للطرف المضرور يعادل الغرامة المحكوم بها [١]. ومن ذلك أيضا ما يقضى به قانون المرافعات الفرنسى من جواز الحكم على وكيل الدعاوى بغرامة يومية يؤديها الى موكله متى تأخر عن رد المستندات المسلمة اليه والتى لم يودعها فى الغرض الذى تسلمها من أجله ، وكذلك الشاهد المعلن الذى يتخلف عن حضور جلسة التحقيق يجوز الحكم عليه تلقائيا بغرامة لصالح الخصم الى جانب الغرامة العامة. ففى هذه الفروض ينفصل التعويض عن الضرر وهو ما دعى الى القول بأن ثمة عقوبة خاصة توقع على المسئول [٢].

وفيما يتعلق بالفوائد التأخيرية فان المادة ١١٥٣ مدنى فرنسى كانت تقضى بأنه اذا كان موضوع الالتزام مبلغا من النقود ، فان المدين المتأخر لا

=

الى أن هذا التعويض وان كان لايحمل صفة العقوبة الخاصة بمعنى الكلمة فانه يتضمن افكارا جزائية تهدف الى منع التعسف من جانب مستغل المنجم (المرجع السابق ص١٩٣ - ٢٠١ وفى نفس المعنى : ديموج الالتزامات ج ٤ فقرة ٥١٨) . بينما يرفض البعض الاخر صفة العقوبة الخاصة عن هذا التعويض المضاعف لانه لايستند الى خطأ معاقب عليه من جانب مستغل المنجم (جاكوميت : المرجع السابق ص٥١) .

(١) ويرى الفقه فى هذا الاخلال بمبدأ تقيد التعويض بمدى الضرر تطبيقة لفكرة العقوبة الخاصة ، انظر ايجنى : المرجع السابق ص ٢٠٢ - ٢٠٩ - ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٥٢٠ وفقرة ٥٢٣ - مارتى ورينو : المرجع السابق ج٢ فقرة ٥٣٩ - جاكوميت : المرجع السابق ص ٥١ مازوو المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٥٥ - دى باج : المرجع السابق فقرة

(٢) ايجنى : المرجع السابق ص ٢١٢ ، ٢١٦ - ديموج : الالتزامات ج فقرة ٥٢١ ، ٥٢٢ - جاكوميت : المرجع السابق ص٥٢ ، ٥٣ .

الا بدفع الفوائد التأخيرية • وهذه الفوائد لايشترط لاستحقاقها أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من جراء التأخير فى الوفاء بالدين•ويقول ايجنى[١] ، أنه اذا كان الفقه قد وصف هذه الفوائد التأخيرية بأنها نوع من التعويض الجزافى ، فان المحاكم الفرنسية اتجهت فى القرن التاسع عشر الى ادخال الافكار الجزائية الى مثل هذا الالتزام بالسماح بتعويض اضافى فى حالة الضرر المستقل عن التأخير فى أداء المبلغ من النقود محل الالتزام من جانب المدين بسوء نية•وهذا ما دعى المشرع الفرنسى الى التدخل بقانون ٧ ابريل ١٩٠٠ باضافة فقرة جديدة الى المادة ١١٥٣ مدنى تنص على أن الدائن ، الذى تأخر مدينه عن السداد بسوء نية مماسبب له ضررا مستقلا عن التأخير، يحق له أن يحصل على تعويض مستقل عن الفوائد التأخيرية للدين•ويقول ايجنى أن هذا التميز الذى أوجده القانون الفرنسى بين المدين حسن النية والمدين سىء النية يؤدى الى ظهور فكرة العقوبة الخاصة القضائية •

الاعتداد بجسامة الخطأ فى التقدير القضائى للتعويض :

٦٢ — ويقول ايجنى[٢] ، ان النظرية التقليدية للمسئولية المدنية تعتد بالخطأ كشرط لقيام المسئولية ، وبالضرر لقياس المسئولية، متى توافرت بينهما رابطة سببية مباشرة • ولكن اذا زدنا من أهمية الخطأ وأغفلنا الضرر وأخذنا برابطة سببية أكثر تراخيا ، فان دعوى المسئولية تتحول الى دعوى مختلطة تتجه نحو العقوبة الخاصة •

فهناك أولا المسئولية بغير ضرر ، حيث الخطأ وحده يوجب التعويض متى كان من شأنه أن يحدث ضررا ولو لم يتحقق هذا الضرر بالفعل • وهو

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٢١٩ — ٢٣٣

(٢) نفس المرجع ص ٢٢٤ — ٢٥٦

يقدم أمثلة من القضاء الفرنسى مثل تأخير السكك الحديدية فى تسليم البضائع والبطلان الناتج عن أعمال المحضرين • ثم هناك الى جانب المسئولية التى تقوم على السببية المباشرة ، تلك التى تقوم على السببية غير المباشرة ، وذلك بتعويض الضرر غير المباشر • ومن ناحية ثالثة فان ثمة اتجاها قضائيا الى تحقيق التوازن بين درجة الذنب (culpabilité) وبين مضمون التعويض • ففى تطبيق المادة ١١٥٠ مدنى فرنسى ، يلتزم المدين الذى ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، ليس فقط بتعويض الضرر المتوقع عند التعاقد ، وانما يلتزم أيضا بتعويض الضرر غير المتوقع • هذا فى مجال المسئولية العقدية • أما فى مجال المسئولية التقصيرية فان هناك اتجاها من القضاء الى الاخذ بالخطأ كمقياس للتعويض بدلا من الضرر وهو ما يعد مظهرا هاما للعقوبة الخاصة [1] •

٦٣ — ويضيف ايجنى أن الفكرة الجزائية تظهر بشكل واضح فى بعض الفروض الخاصة للمسئولية المدنية حيث يكون للخطأ دور أساسى فى تحديد مقدار التعويض ، بدلا من الفكرة التقليدية للمسئولية حيث أى خطأ يوجب تعويض كل الضرر •

ففى حالة مساهمة المضرور بخطئه فى احداث الضرر ، فان المسئولية تتوزع بين المضرور ومحدث الضرر حسب نسبة خطأ كل منهما الى الآخر •

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٢٥١ — ٢٥٦ — وفى نفس المعنى : اوبرى ورو (بارتان) ج ٦ فقرة ٤٤٣ هامش ١٠ — مارتى ورينو : المرجع السابق ج ٢ فقرة ٤٧١ و ٥٣٩ — مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٦٥ — بلانيول وريبير وبولانجييه : ج ٢ فقرة ١١٤٥ — بلانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٣٨٨ ، ٦٨٣ — سافاتييه : المسئولية المدنية ، الطبعة الثانية ١٩٥١ ج ٢ فقرة ٦١٠ — ستارك : المرجع السابق ص ٣٨٥ ، ٣٨٦ — ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٧٨

وهو حل ـ كما يقول ايجنى ـ اعتنقته معظم التشريعات الحديثة ، كما أقره القضاء الفرنسى أمام غياب النص[1] .

وكذلك تقضى المادة ٥٥ من قانون العقوبات الفرنسى بالمسئولية التضامنية بين الاشخاص المحكوم عليهم لنفس الجريمة ، وقد توسع القضاء الفرنسى فى تطبيق هذا النص ليشمل أيضا شبه الجريمة . ويرى ايجنى[2] أنه اذا كان تضامن الفاعلين فى تعويض الضرر يتصف بالموضوعية ، فهو لايرفض تماما الفكرة الجزائية ، حيث يتقرر التضامن ولو كان نصيب كل من المسئولين متميزا بوضوح . هذا فضلا عن الاتجاه من جانب القضاء الى تمكين المحكمة من اعادة توزيع التعويض بين المسئولين بغير مساواة فيما بينهم ، وذلك على أساس مدى خطأ كل منهم[3] .

وفيما يتعلق بتعويض الضرر الادبى ، يرى ايجنى ـ وجانب هام من الفقه الفرنسى ـ أن تعويض الضرر الادبى ماهو الا تطبيق لفكرة العقوبة الخاصة[4] . فهو ليس تعويضا بالمعنى الضيق لفكرة التعويض ، حيث ليس

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص٢٥٨ ـ ٢٦٠ ـ وفى نفس المعنى : مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٦٥ .

(٢) ايجنى : المرجع السابق ص ٢٦١ ـ ٢٦٨ .

(٣) فى نفس المعنى : مازووتنك : المسئولية المدنية ، ج ٣ فقرة ٢٣٦٥ .

(٤) ايجنى : المرجع السابق ص٢٦٩ ـ ٢٧٨ ـ سوردا : المسئولية المدنية : الطبعة السادسة ج ١ فقرة ٣٢ ـ ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٤٠٦ ـ ستارك : المرجع السابق ص٤٠٨ و٤٠٩ ـ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٨١ ـ ١٨٤ ـ بلانيول وريبير وبولانجييه : ج ٢ فقرة ٩٩٨ ـ سافاتييه :

ثمة ضرر مالى ، والقاضى لايستطيع أن يتخلل الحالة النفسية للمضرور ، وبالتالى سيحاول تقديرها وفقا لحالته النفسية هو ، وهذه الحالة النفسية للقاضى لن تقاس بداهة سوى على أساس مدى خطأ المسئول .

وكذلك الشأن فى نظام التهديد المالى الذى تحكم به المحكمة ضد المدين المتعنت والذى يؤدى الى الحكم بتعويض متميز يضع فى اعتباره مدى العنت الذى صدر من المدين استقلالا عن الضرر مايحمل صفة العقوبة الخاصة .[1] [2] .

=

المسئولية المدنية الطبعة الثانية جـ ٢ فقرة ٥٢٧ و٥٢٨ - بلانيول وريبير واسمان : جـ ٦ فقرة ٥٤٦ - مارتى ورينو : جـ ٢ فقرة ٣٨٢ و ٥٣٩ - وعكس ذلك ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٦٦ - مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٣١٤ .

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٣٠٣ - ٣١٠ - مارتى ورينو : المرجع السابق جـ ٢ فقرة ٥٣٩ - ديموج : الالتزامات جـ ٦ فقرة ٥٢٣ من ان التهديد المالى يتعلق بفكرة العقوبة الخاصة ولكنه يخالفها فى صفته المؤقتة والتهديدية - بلانيول وريبير واسمان : جـ ٦ فقرة ٧٩٣ - جاكوميت : المرجع السابق ص ٥٦ - ٧

(٢) وقد قدم ايجنى أيضا أمثلة للعقوبة الخاصة من أحكام القانون البحرى ، مثال ذلك ما اتجه اليه القضاء الفرنسى من سقوط حق القبطان فى أجرة الشحن اذا أبحر بالسفينة وهى غير صالحة للملاحة وهو وصلت سالمة واصلحت فى الطريق وذلك طبقا للمادة ٢٩٧ تجارى ، وكذلك احقية القبطان فى تقاضى أعلى سعر للتوابين فى المنطقة عن البضائع التى شحنت على السفينة دون اذن منه

=

==

(العقوبة الخاصة فى القانون المعاصر ـ المجلة الاقتصادية للتشريع والقضاء ١٩٠٦ ص٤١٦ ومابعدها ـ وفى نفس المعنى ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٥١٩ ـ مازو وتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٥٤) . كما يقدم ايجنى ايضا تطبيقات للعقوبة الخاصة فى القانون المقارن . ومن ذلك نظام (Busse) المعروف فى القانون الالمانى فى القرن التاسع عشر والذى أعطى القاضى ، فى بعض الجرائم ، بناء على طلب المضرور ، سلطة الحكم للمضرور بمبلغ معين يضاف الى التعويض المدنى دون حاجة الى اثبات الضرر (ايجنى : ص٤٢ ـ ٥١ ، ٢٨٢ ـ ٢٩٠) وكذلك الشأن فى قانون الالتزامات السويسرى حيث يجيز الحكم بمبلغ مستقل عن الضرر الثابت الى المضرور أو عائلته ، وفى حالة الضرر الجسمانى الناتج عن الخطأ الجسيم أو الغش (ايجنى : ص٢٩١ ـ ٢٩٥) كما يعرف القانون النمساوى ثلاث درجات للتعويض هى التعويض المكافىء للضرر الحقيقى ، والتعويض عن الكسب الفائت وأخيرا الارضاء الذى يبرره الظلم النفسى . (ايجنى ص٥٢) ويعرف القانون الايطالى ايضا نظام (reparatione) الذى يمثل مبلغا مستقلا من الضرر يتقاضاه المضرور عن الجريمة الواقعة على الشرف (ايجنى : ص٢٩٦ ـ ٣٠٢) وهو ايضا ما يعرفه القانون الانجليزى تحت نظام (exemplary damages) فى بعض الاعتداءات الواقعة على الجسم أو على الشرف والاعتبار (ايجنى : المرجع السابق ص ٢٧٩ ـ ٢٨١) .

المبحث الثانى

تقييم نظـرية العقـوبة الخاصة

٦٤ ـ ان النقد الذى يوجه الى نظرية ايجنى عن العقوبة الخاصة يمس فى ذات الوقت فكرة العقوبة الخاصة فى أساسها. فهذه الفكرة اقترنت فى القرن الحالى بهذا الفقيه فى انبعاثها الفقهى وفى صياغتها وفى الدفاع عنها. ولذلك فان اعتراضات الفقه على فكرة العقوبة الخاصة ، وعلى كيفية معالجة ايجنى لها ، هما أمران متلازمان أو متداخلان لايمكن الفصل بينهما ولذلك فاننا سنتناولهما كأمر واحد .

ولنظرية ايجنى عن العقوبة الخاصة جوانب ايجابية وجوانب سلبية من وجهة نظر الجزاء المدنى بصفة عامة ونظرية التعويض بصفة خاصة . وهذه الجوانب السلبية والايجابية يمكن استخلاصها من أقوال الفقه ومن فحص النظرية ذاتها .

فأما الجوانب السلبية لهـذه النظرية فتتحصل فى تعميم فكرة العقوبة الخاصة ثم فى الرجوع بالقانون الخاص الى الافكار البدائية أو البربرية بما كان يشوبها من علو فكرة الانتقام والخلط بين القانون المدنى والقانون الجنائى وتجاهل تطور القانون نحو الفصل بينهما ونحو الالغاء المضطرد لفكرة العقوبة، وماترتب على ذلك من غموض وتناقض فى خصائص هذه الفكرة .

ومع ذلك فان لهـذه النظرية جوانب ايجابية تتمثل من ناحية فى لفت أنظار الفقه الى وجوب اعادة التفكير فى اهداف القانون المدنى ووسائله

بالعناية بفكرة الردع ، ومن ناحية أخرى فى التصدى لمبدأ الاتجاه الموضوعى لتقدير التعويض والتنبيه الى الحاجة الى اعادة النظر فى اطلاق هذا المبدأ .

على أنه اذا كانت العقوبة الخاصة هى وسيلة ايجنى لمهاجمة الاتجاه الموضوعى المطلق فى تقدير التعويض فان صلاحية هذه الوسيلة لتحقيق هذا الهدف تقتضى تخليصها من الميوعة التى تشوبها بسبب بسطها على نظم غريبة عنها .

لذلك فسوف نعرض لتقييم نظرية العقوبة الخاصة فى مطلبين نعرض فى أولهما للجزاء المدنى ومجال العقوبة الخاصة ونعرض فى الآخر للجزاء المدنى وخصائص العقوبة الخاصة .

المطلب الاول : الجزاء المدنى ومجال العقوبة الخاصة .

المطلب الثانى : الجزاء المدنى وخصائص العقوبة الخاصة .

المطلب الاول

الجزاء المدنى ومجال العقوبة الخاصة

٦٥ - تعميم ايجنى لفكرة العقوبة الخاصة ٦٦ - تناقض التطبيقات ٦٧ - السقوط ٦٨ - الغرامة التهديدية المؤقتة ٦٩ - الغرامة المدنية

٦٥ - ذهب ايجنى فى نظريته الى تعميم فكرة العقوبة الخاصة فى الجزاء المدنى . ويتضح من التطبيقات التى قدمها ايجنى لهذه الفكرة أنها لاتقتصر على اطار المسئولية المدنية ، بل هى تشمل كل صور الجزاء المدنى ، حتى لقد أصبحت هذه الفكرة - بهذا التصور - قرينا للجزاء المدنى فى

عمومه . هذا التعميم لفكرة العقوبة الخاصة أدى الى ميوعة هـذه الفكرة فى نطاق تطبيقها وفى وظيفتها وفى شكلها وفى صياغتها بل وفى أساسها [١]

ولعـل الباعث وراء هذا التعميم الذى اتجه اليه ايجنى ، أن الفقـه اذ تحاشى البحث فى أهداف الجزاء المدنى خشية التعرض لأفـكار تخص القانون الجنائى فيتهم بالرجعية ، فان ذلك دعى ايجنى الى تصور أن قواعد القانون المدنى ليست سوى عمليات حسابيـة أو استردادية لا علاقة لها بالجزاء. ولذلك فان كثيرا من التطبيقات التى قدمها ايجنى ... فى محاولته تأكيد أن القـانون المدنى اذ يسعى لمجازاة (sanctionner) الخـروج على بعض قواعده ، فان ذلك يعـد ظاهرة متميزة تتعلق بفكرة العقوبة الخاصة .

على أن هـذا التعميم لفكرة العقوبة الخاصة ، الذى لم تتخذ له ايجنى مقياسا واحـدا هو سعى المشرع المدنى نحو مجازاة المسئول أو المخالف وردعه ، لايستقيم مع ما استقر عليه الفقه من أن كل قاعدة قانونية ، أيا ما كان القانون الذى تنتسب اليه ، لها جزاء يؤكد احترامها. وأنه فى اطار القانون المدنى تتنوع صور الجزاء مع التقيد بالهدف العام لهذا القانون وهو اعادة الحال الى ماكانت عليه أو اعادة التوازن بين الذمم .

٦٦ ـ والواقع أن مثل هذا التعميم لفكرة العقوبة الخاصة لدى ايجنى ما ... الا نتيجة للخط العام الذى سار عليـه فى بحثـه ـ. فقد اختار نهجا يرتبط واقع الامر بنطاق فلسفـة القانون أكثر منه بصياغته [٢] ، ويعترف ا...

---

(١) ستارك : المرجع السابق ص ٣٨٩، ٣٩٠ .

(٢) ستارك : المرجع السابق ص ٣٦٢

نفسه بأنه اهتم بالاتجاهات أكثر منه بالنظم[1] .

ولذلك لم يكن غريبا أن يدخل ايجنى على فكرة العقوبة الخاصة فى مفهومها الفنى الكثير من التطبيقات التى لا تتضمن فكرة جزائية فى المقام الاول وانما تستوحى اعتبارات أخرى غير تلك المعايير الثلاثة التى حددها للعقوبة الخاصة ، فاذا كانت الصفة الغالبة للتطبيقات التى تدخل فى اطار التعويض تتمثل فى عدم التقيد بمدى الضرر ، فان ذلك لا يكفى وحده لوصفها بالعقوبة الخاصة ، اذ قد يكون الدافع فى تحديد الجزاء بهذه الصورة هو صعوبة الاثبات أو اعتبارات العدالة .

وفى الحالات الاخرى التى لا تحكمها فكرة التعويض ، فانه يكون من التجاوز القول بأن الجزاء المقرر للمخالفة يجاوز مدى الضرر ، اذ مقياس الجزاء فى هذه الحالات ليس مدى الضرر ، ولكنه مدى الخروج على القاعدة القانونية وبما يكفى لتقويم هذا الخروج .

وبعض التطبيقات التى نسبها ايجنى الى فكرة العقوبة الخاصة كانت محل شك منه ومن الفقه اللاحق ، وذلك ازاء ارتباطها الواضح بوظيفة المنع والاصلاح وابتعادها عن فكرة العقوبة أو الردع وهى البطلان والاسترداد الرجوع والفسخ والمصادرة ونشر الاحكام والحكم بالمصاريف القضائية .

على أن هناك بعض النظم التى مازالت تردد فى أفكار الفقه كتطبيق لفكرة العقوبة الخاصة والتى ساهمت فى التشكيك فى وظيفة هذه العقوبة وفى صياغتها ، وهذه النظم هى السقوط والغرامة التهديدية المؤقتة والغرامة المدنية .

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ١٦٤

وتتناول هذه النظم تباعا بغرض تحديد موقف العقوبة الخاصة منها
بالمفهوم الذى توحى به وظيفة هـذه انفكرة كتعبير عن الردع فى اطار التعويض المدنى ٠

١ ـ السقوط :

٦٧ ـ من الصعوبة بمكان وضع تعريف دقيق يشمل كل حالات السقوط [١] ٠ ولكن مع ذلك يمكن القول بأن السقوط يؤدى الى انقضاء

---

(١) ورد تعريف السقوط فى موسوعة (vocabulaire Juridique) باشراف هنرى كابيتان بانه « ضياع حق او وظيفة على سبيل الجزاء » ولكن هذا التعريف ورد عليه تعديل فيما بعد تحاشى ذكر لفظ الجزاء (أن ..ه روست : السقوط الوقائى والسقوط الرادع فى المواريث ، المجلة الفصـ للقانون المدنى ١٩٥٢ فقرة ١و٢) وعرفه سالى دى لامارنيير بانه «انقضاء حق بقوة القانون او بالاتفاق بسبب خطأ ايجابى او سلبى من صاحب الحق (المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٣، «السقوط كطريقة لانقضاء الحق» فقرة ١٣) وعرفه جوسران بانه «اجراءات تنظيمية حقيقية» (Veritable mesures de police) (ج ٢ فقرة ١٠٠٦ ص٤٧٨) ، ويعرفه اوبرى ورو بالحالات التى يتطلب فيها القانون انجاز تصرف معين خلال اجل معين بطريقة حتمية (الطبعة الخامسة جـ ١٢ ص٥٣٤) . ويعرفه اندريه بيسون بانه « فقد حق اوالحرمان منه على سبيل العقوبة» (فكرة السقوط فى التامين ، المجلة العامة للتامين البرى ١٩٣٦ ص ٢٢٥ فقرة ٢)) ونفس التعريف ايضا لبيكارد وبيسون (مطول التامين البرى جـ ١ فقرة ٥١٢) ـ ويعرف الاستاذ السنهورى السقوط بأنه يقصد منه تعيين ميعاد معين يجب أن يتم فيه حتما عمل معين أو اسـ رخصة معينة قررها القانون (الوسيط جـ ٣ فقرة ٥٩٤ ص ١٠٠٠)) ٠ و الاستاذ عبد المنعم البدراوى بانه يفقد الرخص التى يجيز القانون استعـ

حق أو رخصة أو مركز قانونى معين نتيجة لفعل ايجابى أو سلبى من صاحب الحق أو الرخصة أو المركز القانونى[١] .

والسقوط بصفة عامة ، نظام يستند اليه أنصار العقوبة الخاصة فى تأييد هذه الفكرة ، ويجدون فيه مجالا خصبا لاثبات نظريتهم ، بالقول بأنه عقوبة توقع على صاحب الحق لصالح المستفيد من هذا السقوط ، وليس من فقيه يتحدث عن العقوبة الخاصة ـ كنظام قائم فى القانون المعاصر ـ الا

=

خلال مدة معينة ، فاذا كان التقادم يفترض وجود حق بالمعنى الدقيق ، وهو يؤدى الى تأييد حالة واقعية مخالفة لهذا الحق متى استطاعت مدة معينة من الزمان ، فان السقوط من شأنه على العكس ان يؤيد حالة قانونية سابقة ويرفع عنها كل منازعة (اثر مضى المدة فى الالتزام ، رسالة من القاهرة ١٩٥٠ فقرة ٤٨ ص ٦٠ ، ٦١) .

(١) ويجب التمييز بين سقوط الحق ومواعيد السقوط وهى تلك الحقوق الموضوعيـة التى تسقط بانقضـاء الاجل القانونى دون استعمالها أو اتخاذ الاجراء المحدد الذى نص عليه القانون .

ومن امثلة مواعيد السقوط ماتقضى به المادة ١٢٩ مدنى من رفع دعوى الابطال للاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة ، والمادة ٤٢٨ مدنى بشأن ميعاد طلب الاسترداد المقرر لمن له حق حبس الشىء ، والمادة ٧٣٩ بشان ميعاد طلب استرداد ما دفع فى رهان او مقامرة ، والمادة ٩٤٠ مدنى بسقوط الحق فى الاخذ بالشفعة بانقضاء خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشترى ، دون اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة .

وقد فسرت مواعيد السقوط بأنها حقوق ناقصة لاتكتمل الا باستعمالها خلال أجل معين باعتبار ان المدة عنصر من عناصرها (السنهورى : الوسيط ج ٢

=

ويقدم أمثلة من السقوط كتطبيقات لها [١].

على أن تقديم نظام السقوط كتطبيق لفكرة العقوبة الخاصة كان من أسباب ميوعة هذه الفكرة ، في حين أن نظام السقوط يبدو غريبا عن العقوبة الخاصة تماما .

=

ص ١٠٠١ — محكمة اسكندرية التجارية في أول اغسطس ١٩٤٦ ، المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣٥ — المحكمة الادارية العليا في ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ ، طعن رقم ١١ س ١ ، مجموعة المبادىء القانونية للمحكمة الادارية العليا رقم ٤٤ ص ٣٦١) .

كما فسرت مواعيد السقوط أيضا بأنها عقوبة توقع على صاحب الحق لخطأ ارتكبه بتراخيه في استعمال حقه خلال الاجل الذي حدده القانون (سالي دي لامارنير : السقوط كطريقة لانقضاء الحق ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٢ ، فقرة ١٠ ، ١٦ ، ١٨) .

ويبدو أن هذه الاتجاهات لاتصلح لتأصيل مواعيد السقوط ، اذ الحق يولد كاملا بدليل أنه يرتب آثاره القانونية كاملة متى استعمل في الحدود التي رسمها القانون ، ومن هذه الحدود مواعيد استعمال الحق التي تعد قيدا لصالح الآخرين . كذلك فان التراخي في استعمال الحق لا يعد خطا موجبا للعقاب ، كما قد يقوم هذا التراخي على مانع او عذر مقبول أو على أساس الجهل بالحق ، ونعتقد أن مواعيد السقوط هي حدود لاستعمال الحق ، تمنع التجاوز به عن هدفه الذي شرع من أجله حتى لا يصبح الحق وسيلة تهديد للمصلحة الاجتماعية .

(١) ايجني : المرجع السابق ص ١٢٧ وما بعدها — ديموج : الالتزامات ج٤ فقرة ٥١٤ — ٥١٦ — ليبين ريبر : المرجع السابق فقرة ٤٩ وما بعدها —

فالعقوبة الخاصة قدمت من الفقه الحديث - فى اطار القانون المدنى - كتعبير عن ردع المخالف الذى ارتكب فعلا على نوع معين من الجسامة ، باجراء متميز فى حدته أو يحقق أثراء للمضرور على حساب المسئول . وقد كان منطق وظيفة الردع يقضى باستظهار هذه الخصائص من تطبيقات العقوبة الخاصة .

أما نظام السقوط فهو نظام لايستهدف ردع من تقرر السقوط فى مواجهته بقدر ما يرمى الى حماية من تقرر السقوط لصالحه . فالسقوط عادة ما يتقرر فى مجالات ذات طبيعة خاصة مثل الميراث أو الوصية أو الهبة أو عقد التأمين ، حماية لاحد طرفى العلاقة القانونية أو العقدية .

=

ستارك : المرجع السابق ص ٣٦٨ - ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٧٨ وما بعدها - بلانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٦٨٣ - مارتى ورينو : المرجع السابق ج ٢ فقرة ٥٣٩ - مازووتنك : المرجع السابق ، ج ٣ فقرة ٢٣٥٤ - اندريه روست : السقوط الوقائى والسقوط الرادع ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٢ - سالى دى لامارنيير : السقوط كطريقة لانقضاء الحق ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٣ حيث يقرر أن العقوبة الخاصة لاتشمل كل حالات سقوط الحق ، وبالتالى يترك مجالا لشمول العقوبة الخاصة لبعض حالات السقوط - اندريه بيسون : فكرة السقوط فى التامين، المجلة العامة للتامين البرى ١٩٣٦ ص ٣٢٥ فقرة ٢و٥ - بيكارد وبيسون : مطول التامين البرى ، ج ١ فقرة ١٧٣ و٢١٤ - أكثم الخولى : التعويض العينى فى القانون الفرنسى والقانون المصرى ، رسالة من باريس ١٩٥٤ فقرة ٦٩ - عبد المنعم البدراوى : عقد التامين ١٩٦١ فقرة ٢٥٠ - ٢٥٤ ص ٣٠٥ وما بعدها - السنهورى : الوسيط ج ٧ عقد التامين فقرة ٦٢٧ و٦٤٢ و٦٥١ .

ومن ناحية أخرى فان السقوط لايرتبط بالذنب أو جسامة المخالفة ، بل قد يتقرر مع حسن النية كما هو الشأن فى عقد التأمين[1] .

والسقوط جزاء موضوعى مجرد لايختلف حسب مدى جسامة الذنب الذى أدى الى تقريره ، فسواء كان المخالف حسن النية أو سيء النية فان السقوط من درجة واحدة ، ويقع فى قالب واحد بالنسبة للجميع ، وهو مادعى جانبا من الفقه الى اعتباره من تطبيقات التعويض العينى[2] .

---

(١) اندريه بيسون : المقال المشار اليه ، فقرة ٦ ص٢٤٢ ، السقوط يمكن ان يوقع على المؤمن له حسن النية وان كان هذا بصفة استثنائية ، وفى نفس المعنى ايضا ، بيكاردو بيسون : مطول التامين البرى ، جـ ١ فقرة ٢١٥ ص ٤٤٤ ـ السنهورى : الوسيط ، جـ ٧ فقرة ٦٥١ ص ١٣٣٠ .

(٢) اكثم الخولى : التعويض العينى ، المرجع السابق فقرة ٦٢ ـ ٦٩ ، ولكن لا يبدو ان فكرة التعويض العينى تصلح أساسا ينتمى اليه سقوط الحق ، فالسقوط يشترك مع التعويض العينى فى ان كلاهما جزاء موضوعى بحت ينصب على مصدر الضرر ، ولكن الذى يفرق بينهما هو ان التعويض العينى يشترط ضررا قائما وحالا . اما السقوط فهو يستهدف حقا او مركزا معينا فقد سبب وجوده او حكمة تشريعه . والتعويض العينى يرمى الى تحقيق اجراء يعادل الضرر تماما ، بعكس السقوط الذى قد يتجاوز مقدار الضرر أو يقل عنه ، فهو لايرتبط بالضرر ولكن بالحق ذاته . ومن ناحية اخرى فان ما يصيب الطرف الآخر من ضرر نتيجة للاخلال بالحق موضوع السقوط يمكن تعويضه طبقا للقواعد العامة للمسئولية المدنية الى جانب السقوط . فعزل الولى او الوصى لخطئه فى ادارة اموال القاصر ، يجيز الرجوع عليه بما استوفاه بغير وجه حق او بما سببه من أضرار للصغير فى ماله .

وأخيرا فانه اذا كانت العقوبة الخاصة بالصورة التى قدمها ايجنى ومن تبعه من الفقه تتمثل فى جزاء يجاوز مدى الضرر ويحقق اثراء للمضرور على حساب المسئول ، فانه من التجاوز القول بأن حالات السقوط تحقق مثل هـذا الاثراء ، حيث قد ينصب السقوط على حق أو رخصة ، كما أنه ليس من المحتم أن يحقق السقوط اثراء للطرف الآخر طالما أن السقوط لايتعلق بنظرية التعويض[1] .

فالسقوط نظام يهدف فى المقام الاول الى حماية من يتقرر السقوط لصالحه بأجزاء موضوعى له صياغة خاصة تتفق مع الهدف منه ، ولا يرمى

= والرجوع فى الهبة لايمنع الواهب من الرجوع على الموهوب له بالتعويض عن الاضرر التى سببها له هذا الجحود ان كان قذفا او تعديا على الواهب . وكذلك الحال فى الحرمان من الارث لقتل المورث فانه لايمنع باقى الورثة من مطالبة الوارث المعتدى بالتعويض عن الضرر الادبى الذى نالهم من مقتل مورثهم .

(١) عكس ذلك ريبير : القانون البحرى ، الطبعة الثانية ، جـ ٣ فقرة ٢٤١٧ ، من ان السقوط المقرر فى التامين البحرى هو تطبيق لقواعد المسئولية المدنية حيث خطأ المؤمن له يسبب ضررا للمؤمن ويجد تعويضه فى السقوط المقرر عن مبلغ التامين المحدد للخطر المؤمن منه ، وفى هذه المعنى أيضا ، ايجنى : تعليق فى سيرى ١٩٢٣ - ١ - ٨١ من ان السقوط المقرر بالمادة ٣٤٨ تجارى فرنسى كجزاء للكتمان او البيانات الكاذبة من المؤمن له ، يعد مسئولية مدنية ذات مضمون جزائى .

وانظر فى نقد هذا الرأى : اندريه بيسون : فكرة السقوط فى التامين ، المجلة العامة للتامين البرى ١٩٣٦ ، فقرة ٥ ص ٢٣٧ حيث يقول ان السقوط يتقرر ولو لم يثبت ان المؤمن قد لحقه ضرر من خطأ المؤمن له ، وكذلك لو لم تكن هناك رابطة سببية بين خطأ المؤمن له والضرر الذى لحق بالمؤمن وفى نفس المعنى مطول التامين البرى ، جـ ١ فقرة ٢١٤ ص ٤٤١ .

الى ردع من تقرر فى مواجهتــه ، ولو حقق عرضا ايلاما ماديا أو أدبيـ لهذا الاخير .

ولذلك نجــد آراء فى الفقه من أنصار العقوبة الخاصة وخصومهـا ، تتشكك فى نسبة سقوط الحق كله أو بعضه لفكرة العقوبة الخاصة[1] .

٢ ــ الغرامة التهديدية المؤقتــة :

٦٨ ــ يمر التهديدالمالى فى واقع الامر بمرحلتين : الاولى تهديدية مؤقتة تستمر الى أن يتحدد موقف المدين نهائيا بتنفيذ التزامه أو بالامتناع عنه ، وعندئذ تبدأ المرحلة الثانية وهى تحويل الغرامة التهــديدية الى تعويض يقاس بمدى الضرر الذى لحق بالدائن ومدى العنت الذى بدا من المدين . وسندرس نظام التهديد المــالى تفصيلا فيما بعد ، ولكن الذى يعنينا الآن هو أن نشير الى أن المرحلة الاولى للتهديد المالى ليست تنفيذا للالتزام أو بديلا عنه ، بل هى من الوســائل غير المباشرة للوصــول الى التنفيذ العينى[2] .ولذلك فالتهديد المالى فى مرحلته الاولى لايعد عقوبة خاصة كما

---

(١)ايجنى : المرجع السابق ص١٢٨ حيث يستبعد الحرمان من الارث من العقوبات الخاصة لإنه يقوم على اعتبارات اخرى تتعلق بالنظـام العام ولم يدر فى خلد المشرع تحقيق اثراء لباقى الورثة ــ ليسيين ريير : المرجع السابق فقرة ٤٢ ، حيث تستبعد من فكرة العقوبة الخاصة سقوط حق الـ فى الاجل ــ اندريه روست : المقــال المشار اليه ، حيث يفرق بين السـ الوقائى والسقوط الرادع والاخير وحده هو الذى يعد عقوبة خاصة ــ الخولى : المرجع السابق فقرة ٦٢ وما بعدها حيث يقول ان السقوط المثال النموذجى للخلط القائم فى الفقه بين العقوبة الخاصة والتعويض

(٢)مارتى ورينو : المرجع السابق ، ج١ ــ فقرة١٨١ــ٢ ــ بلانيو ورود وان ، ج ٧ ، ١٩٥٤ فقرة ١٩٤ ــ ديموج : الالتزامات ــ ج ٦ فقر ص٥٥٧ ــ السنهورى : الوسيط ج ٢ فقرة ٤٥٣ ص ٨١٥ .

ذهب جانب من الفقه [1]، فهو حكم مؤقت غير قابل للتنفيذ، وهو قابل للتغير حسب موقف المدين، وهو لايعدو أن يكون انذارا بالعقوبة وليس هو العقوبة ذاتها. أما المرحلة الثانية للتهديد المالى التى تتعلق بنظرية التعويض فنرى أنها تتضمن فكرة الردع.

٢ ـ الغرامة المدنية :

٦٩ ـ هناك حالات يقرر فيها القانون غرامة مدنية (amende civile) كجزاء لمخالفة قاعدة من القواعد التى تنظم الالتزامات المالية للأفراد قبل الدولة أو أحد أجهزتها العامة، كالالتزام بالرسوم الجمركية أو الضرائب أو التأمينات الاجتماعية [2]. وهى لاتخضع للقانون الجنائى فى أحكامها أو فى اقتضائها.

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٣٠٣ وما بعدها ـ جاكوميت : المرجع السابق ص٥٦ ومابعدها ـ ستارك : المرجع السابق ص ٣٦٨.

(٢) من ذلك المادة ١٢٢ من القانون رقم ٦٦ لسنة ٦٣ باصدار قانون الجمارك وتقضى بتعويض يعادل مثلى الضرائب الجمركية المستحقة عند التهرب من الضريبة. والمادة ٨٥ فقرة ١و٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ٣٩ بشأن فرض ضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة وعلى الارباح التجارية وكسب العمل، تقضى بتعويض يعادل ثلاثة امثال مالم يؤدى من الضريبة، والمادة ٢١ فقرة١و٢ من القانون رقم ٩٩ لسنة ٤٩ الخاص بضريبة الدخل العام، تقضى بتعويض يعادل ثلاثة امثال مالم يؤدى من الضريبة والمادة ٢٠٥ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ٤٦ الخاص بفرض رسم ايلولة على التركات تقضى بان يزاد الرسم اذا تعمد الممول الخلاص منه بطريقة الغش الى مثله، والمادة ١و٢ من القانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ الخاص بتقرير رسم دمغة، تقضى بالا يقل مقدار التعويض عن ثلاثة امثال الرسوم المؤداة ولايزيد عن عشرة امثالها، والمادة ١٤ من القانون =

وقد أثارت هذه الغرامة المدنية الخلاف حـول طبيعتها وما اذا كانت تنتمى الى القانون المدنى أو الى القانون الجنائى أو هى ظاهرة لارتباط.. القانونين كتطبيق لفكرة العقوبة الخاصة يدعم وجهة نظر أنصارها من أنها نظام يجمع بين العقوبة والتعويض .

وقد ذهب رأى الى أن مثل هذه الغرامات المدنية تعد من قبيل العقوبة

=

رقم ٢٢١ لسنة ١٩٥١ بشأن فرض ضريبة على المسارح تلزم المخالف بأداء باقى الضريبة مع زيادة تساوى ثلاثة أمثالها تضاعف فى حالة العود ، ومن ذلك ايضا المادة ١٧ من قانون التامينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ٦٤ التى تقضى بالتزام رب العمل الذى لم يقم بالاشتراك عن كل او بعض عماله او لم يؤدى الاشتراكات على اساس الاجور الحقيقية ، بان يؤدى الى الهيئة العامة للتامينات الاجتماعية ـ فضلا عن الفوائد التاخيرية ـ مبلغا اضافيا يوازى ٥٠٪ من الاشتراكات التى لم يؤديها وذلك بدون انذار او تنبيه ويلتزم صاحب العمل اذا لم يؤدى الاشتركات الشهرية المستحقة فى المواعيد المعينة من القانون باداء مبلغ اضافى الى الهيئة يوازى ١٠٪ من الاشتراكات التى تاخر فى ادائها عن كل شهر وذلك بحد اقصى قدره ٣٠٪ . ومن ذلك ايضا الغرامة المقررة بالامر العالى الصادر فى ٢٢ يونيو ١٨٩١ المعدل بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٨ بشان اصطناع او تداول او احراز دخان مغشوش او مخلوط باعتبار ذلك تهريبا جمركيا .

وهناك غرامات تعرف بالغرامات التنظيمية كغرامات قانون المرافعات المقررة بالمواد ١٤ و٩٧ و٩٩ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ٦٨ ضد من يتعمد او يتسبب فى تعطيل الفصل فى الدعوى . وهذه الغرامات لاتدخل فى عداد الغرمات المالية ، اذ هى نوع من الجزاءات المالية التى لاتتعلق بالقانون الجنائى أو القانون المدنى ، وانما بقانون المرافعات الذى تجد فيه هدفها وقواعد تطبيقها

بالمعنى الواسع للكلمة[1] لأنها توقع بمعرفة الدولة عن ضرر لحق بالنظام الاجتماعي ولا ترتبط بمدى الضرر ، وذهب رأى ثان الى أن هذه الغرامة المدنية تعد من قبيل التعويض [2] لأنها تؤول الى الجهة المضرورة من التخلف أو التهرب على وجه التخصيص ، وأن تجاوزها لمدى الضرر هو تقدير قانونى لمدى الضرر الذى لحق بالدولة ، كما أنها لاتخضع لقواعد القانون الجنائى فى العود أو الاكراه البدنى وهذا الرأى يطابق ما أخذت به بعض أحكام النقض فى مصر [3] .

---

(١) جين هيمارد : الجزاءات الجنائية فى القانون الخاص ، فقرة ١٠ .

(٢) رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى ١٩٦٨ ، فقرة ١٩٤ ص١٠٢٨ وما بعدها .

(٣) نقض مدنى فى ٢ اكتوبر ١٩٥٦ «ان الجزاء المقرر بالامر العالى الصادر فى ٢٢ يونيو ١٨٩١ الذى تختص لجنة الجمارك بتوقيعه عن أعمال التهريب وغش الدخان هو تعويض مدنى (محاماة العدد الاول السنة ٣٨ ص ٣) ، وفى نفس المعنى نقض مدنى فى ٦ ديسمبر ١٩٥٦ (مجموعة احكام النقض المدنى لسنة ٧ قاعدة ١٣٤ ص ٩٣٤) ، ونقض مدنى فى ٢٩ اكتوبر ١٩٥٩ من أن التهريب والتصدير والافراج فى تعبير اللائحة الجمركية لا تعد من الافعال الجنائية وتنطبق عليها احكام تقادم الالتزام المقررة بالقانون المدنى وان كل ما يستهدفه المشرع هو مجرد حصول الخزانة على الرسوم المقررة وتعويض مجز يستحث به الافراد على دفع الرسم ومباشرة حقوقهم فى الحدود التى التى نظمت لهم بغير اخلال بحق الخزانة (محاماة العدد التاسع السنة ٤٠ ص ١٦٧١) ، وفى نفس المعنى نقض مدنى فى ١٣ ديسمبر ١٩٦٢ (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٣ قاعدة ١٧٦ ص١١٢٠) ، ونقض جنائى فى ٢٨ ديسمبر ١٩٦٤ من أن الجزاء المقرر بالامر العالى الصادر فى ٢٢ يونيو ١٨٩١ المعدل بالقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٤٨ هو بمثابة تعويض مدنى للخزانة العامة عن الضرر

=

ولكن ذهب رأى ثالث الى أن الغرامة المدنيــة تجمع بين العقـوبة والتعويض وعلى هذا يسير القضاء الفرنسى والبلجيكى [١] وبعض أحكام محكمة النقض المصرية [٢]. فهذه الغرامة تعوض الجهة المضرورة عن الضرر

=

الذى أصابها من ادخال أو اصطناع أو تداول أو احراز الدخان المغشــوش باعتبارها تهريبا جمركيا وما يقضى به من غرامة ومصادرة لايعتبر من العقوبات الجنائية بالمعنى المنصوص عليــه فى قانون العقوبات ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب اذ قضى برفض الدفع بعدم قبول تدخل مصلحة الجمارك بصفة كونها مدعيــة للحقوق المدنية (محاماة ــ العــدد العاشر السنة ٤٦ ص ١٠٩٤) .

(١) Valine (M.) = Nature juridique des pénalités fiscales, Revie de science et de legislation financiere, 1949, P. 14 et S. — Garraud (R. et P.) = Traité théorique et pratique de droit penal, 3'ed, t II, nos 635 et S. — Vidal et Magnol = Cours de droit criminal, 8 éd, no 560 bis — Mazeaud et Tunc = Op - cit. t. III, No 2654.

وفى نفس المعنى أيضا بيكارد وبيسون ، مطول التــأمين البرى ، جزء ١ فقرة ٢٢ من أن غرامات الخــزانة والغرامات المدنية لها صفة مزدوجة مدنية وجنائية وهــذا الشق الجنائى يرتب عدم قابليتها للتــأمين لاسباب تتعلق بالنظام العــام .

(٢) نقض جنائى فى ٢٦ مارس ١٩٦٣ من أن الزيادة فى الضريبــة هى عقوبة تنطوى على عنصر التعويض (مجمــوعة أحكام النقض السنــة ١٤ قاعدة ص ٢٤٩) ، ونقض جنائى فى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٥ من أن الغرامة المقررة ع الدخان وان غلبت عليها صفة العقوبة فان التعويض يخالطها (مجموعة النقض السنة ١٦ قاعدة ١٧٩ ص ١٩٣٧) ، ونقض جنائى فى ١٥ مايو ١٧

الذى لحقهـا من جراء التهرب أو التخلف وفى ذات الوقت تحـمل معنى العقوبة للمخالف . ومن شأن هذا الرأى تدعيم وجهة نظر أنصار العقوبة الخاصة فى وجود أنظمة تجمع بين العقوبة والتعويض [١] .

على أنه يبدو أن الغرامة المالية لا تعـد عقوبة جنائية حيث لا تخضع للعود أو الاكراه البدنى أو التقادم الجنائى ولا تؤول الى خزانة الدولةدون تخصيص . كما أنها لاتعد تعويضا مدنيا بمعنى الكلمة لأنها تتجاوز مدى الضرر كقاعدة عامة ولاتنتفى بانتفاء الخطأ أو الضرر ، كما أنها قـد تجتمع مع الفوائد التأخيرية فى بعض الفروض .

ان الغرامة التى ربطها الشارع بالامر العالى الصادر فى ٢٢ يونيه ١٨٩١والمعدل بالقانون رقم ٧٨ لسنة١٩٤٨ تغلبعليها صفة العقوبة ويخالطها عنصرالتعويض عن الضرر الذى يصيب الخزانة العامة من ادخال او احراز دخان مغشوش باعتبار ذلك تهريبا جمركيا ويترتب على ذلك انه لا يجوز الحـكم بها الا من محكمة جنائية (محاماة العدد السابع السنة ٤٨ ص٧٦) ، ونقض جنائى فى ١١ نوفمبر ١٩٦٨ من ان الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢١ من القانون رقم ٣٦٣ لسنة ٥٦ بتحصيل رسم انتاج واستهـلاك يجمع بين صفتى العقـوبة والتعويضويجوز تدخل ممثل الخزانة فى الدعوى امام المحمة الجنائيةللمطالبة بتوقيع هذا الجزاء بصفته تعويضا (مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العددالثانى السنة ١٣ ص ٤٦٣) .

(١) وهذا ما عبر عنه ايجنى (المرجع السابق ص١٢و١٤) من ان الغرامـة المدنية لاتكتسب صفة العقوبة الخاصة الا اذا امكننا تمييز المضرور المستفيد منها على وجه التحديد عن غيره ،بمعنىانهاذا آلت الغرامة المدنية الى الهيئة المضرورة علىوجـه التخصيص - كشركة السكك الحديدية وهى مرفقعام - فانها تعد فى هذه الحالة عقوبة خاصة تجمع بين الردع والاثراء وبين العقوبة والتعويض،اما اذا آلت الى خزانة الدولة دون تخصيص فهى عقوبةجنائية

ويبدو أن الغرامة المدنية هى نوع من التعويض الادارى المقرر لضمان حسن سير المرافق العامة ، والذى لايشترط فيه أن تثبت جهة الادارة أن ضررا لحقها من جراء عدم التنفيذ ، كما أن لها أن تقضيه دون حاجة الى استصدار حكم بذلك وهو أيضا يتقرر لا لجبر الضرر ولكن لضمان وفاء الملتزم بالتزامه تجاه الادارة بكل دقة حرصا على سير المرافق العامة باتظام واضطراد . ولايعفى الفرد من التعويض الادارى الاتفاقى أو القانونى الا باثبات القوة القاهرة أو السبب الاجنبى أو خطأ الادارة ولا يعفيه اثبات انتفاء الضرر ، على ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية(١) .

---

(١) نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر ١٩٦٣ (مجموعة احكام النقض السنة ١٤ قاعدة ١٥٤ ص ١٠٨١) . نقض مدنى فى ٦ فبراير ١٩٦٤ (مجموعة احكام النقض السنة ١٥ قاعدة ٣٧ ص ٣١٣) . نقض مدنى فى ٣٠ ابريل ١٩٦٤ (مجموعة احكام النقض السنة ١٥ قاعدة ٩٧ ص ٦١٩) . نقض مدنى فى ١٩ اكتوبر ١٩٦٥ (مجموعة احكام النقض السنة ١٦ قاعدة ١٤١ ص ٩٧ نقض مدنى فى ٢٦ اكتوبر ١٩٦٥ (مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ١٤٥ ص ٩٢٢) . نقض مدنى فى ٢٣ نوفمبر ١٩٦٥ (مجموعة احكام السنة ١٦ قاعدة ١٧٦ ص ١١٢٦) . نقض مدنى فى ٢٠ ديسمبر ٦، (مجموعة احكام النقض السنة ١٧ قاعدة ٢٨٤ ص ١٩٦٢) .

المطلب الثانى

الجزاء المدنى وخصائص العقوبة الخاصة

٧٠ ـ الارتداد بأفكار القانون المدنى ٧١ ـ الخلط بين القانون المدنى والقانون الجنائى ٧٢ ـ الالغاء المضطرد للعقوبات ٧٣ ـ المعايير الثلاثة للعقوبة الخاصة ٧٤ ـ حدود العقوبة الخاصة ٧٥ ـ عدم الشرعية ٧٦ ـ التصدى للاتجاه الموضوعى فى تقدير التعويض .

٧٠ ـ لقد كان لاصطلاح «العقوبة الخاصة» ذاته أثر كبير على عدم تقبل الفكرة التى يقوم عليها . فهذا الاصطلاح كان يشير فيما مضى الى الغرامة المالية التى يقتضيها المضرور من محدث الفعل الضار ـ والتى تتجاوز مدى الضرر ـ لاشباع رغبة الانتقام لديه . وقد أدى ربط ايجنى بين العقوبة الخاصة الحديثة والعقوبة الخاصة المعروفة فى القانون الرومانى[1] ، الى اقتناع الفقه الحديث بأن هناك انبعاثا لهذه الفكرة العتيقة بصفاتها البدائية فى القانون المعاصر[2] ، هذا الربط بين الفكرة العتيقة والفكرة الحديثة للعقوبة الخاصة أدى بالفقه الى القول بأن هذه العقوبة تقوم على

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ، المقدمة وص١٧ وما بعدها والخاتمة ص٣٣٥ـ والمقال المشار اليه بالمجلة الانتقادية لعام ١٩٠٦ ، ومقاله بمجموعة الدراسات المهداه الى جورج ريبير عام ١٩٥٠ .

(٢) ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٥٠٩ ـ اوبرى ورو (بارتان) ج ٦ فقرة ٤٤٣ هامش ١٠ ـ ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٦٧ ـ ستارك : المرجع السابق ص٣٥٤ ومابعدها ـ بلانيول وريبير واسمان : ج٦ فقرة ٦٨٣ـ مارتى ورينو : المرجع السابق ج ٢ فقرة ٣٥٩ ـ مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٥٢ ـ دى باج : المرجع السابق ١٩٦٤ ، ج٢ فقرة ١١٠٣ ،

فكرة الانتقام[١] ، وأنها تتجاهل التطور الاجتماعى والاقتصادى والاخلاقى للمجتمعات والذى ينعكس حتما على نظرية القانون[٢] ، وقد شجع ايجنى نفسه هذا التصور من جانب الفقه لرجعية العقوبة الخاصة ، ليس فقط بربطها بأفكار القانون الرومانى ، بل بوصفه لها بأنها أحد الارتدادات[٣] ، وأنه اذا كان الهدف من التعويض هو جبر جرح سابق ، فان الهدف من العقوبة الخاصة هو احداث جرح جديد[٤] .

هذا الارتباط بالافكار التاريخية والبدائية كان من أسباب عدم تقبل الفقه لفكرة العقوبة الخاصة[٥] ، لأن تصور أحكام القانون عن ملاحقة التطور لايعنى الارتداد الى الوراء ، بل التطور بالقانون ذاته دون استعارة نظم عتيقة[٦] بقيت بحكم التقليد ومصيرها الى الزوال[٧] ، أو العودة الى فكرة الانتقام التى تخلص منها القانون المدنى بحكم التطور[٨] .

٧١ - وثمة عامل آخر دعى الفقه الى وصف هذه العقوبة الخاصة

---

(١) مازووتنك: المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٥٢ - مارتى ورينو، المرجع السابق ج ٢ فقرة ٣٥٩ .

(٢) ستارك : المرجع السابق ص ٣٧١

(٣) ايجنى : المرجع السابق ص ٢٧ ، ومقال بعنوان مصير العقوبة الخاصة فى النصف الاول من القرن العشرين ، فى مجموعة الدراسات المهداة الى جورج ريبير عام ١٩٥٠ .

(٤) ايجنى : المرجع السابق ص ٢٧ .

(٥) ستارك : المرجع السابق ص ٣٧١ .

(٦) ليسيين ريبير : المرجع السابق ص فقرة ٦٧

(٧) جورج ريبير : القاعدة الاخلاقية : فقرة ١٧٦

(٨) ستارك : المرجع السابق ص٣٥٤ و٣٧٢

بالرجعية والارتداد بالقانون نحو الافكار البدائية وهو وصف ايجنى لها بأنها نظام يقع على حدود كل من القانون المدنى والقانون الجنائى وأنها تستخلص بالمقارنة بين العقوبة العامة والتعويض المدنى[١] .

ذلك أن أغلب الفقهاء يرون أن الفصل بين القانون المدنى والقانون الجنائى ليس فقط نهاية التطور القانونى الذى يمكن تصوره ، بل هو أيضا تعبير عن المنطق التشريعى[٢] . فالقانون الجنائى يتميز عن القانون المدنى كل بأهدافه ونطاقه ووسائله ، وبوضع التقنين المدنى الفرنسى لعام ١٨٠٤ اكتمل هذا التطور بالتمييز النهائى بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية[٣] ، أما فى الشرائع البدائية فقد كان كل فعل غير مشروع يستوجب جزاء جنائيا فى صورة العقوبة الخاصة القديمة . لذلك فان العقوبة الخاصة الحديثة بهذا التصوير الذى قدمه ايجنى كنظام يعيد الخلط بين القانونين المدنى والجنائى كانت بمثابة ارتداد أثار نفور الفقه[٤] .

٧٢ ــ هذا الارتداد الذى يدعو اليه ايجنى بهذا التصوير لفكرة العقوبة الخاصة ، لايدينه تطور القانون نحو الفصل بين المسائل الجنائية والمسائل المدنية وحسب، بل يدينه أيضا تطور القانون نحو الالغاء المضطرد للعقوبات وفقا للمبدأ الذى صاغه ايهرنج من أن تاريخ العقوبة ما هو الا الغاء مستمر[٥] . فبينما كانت العقوبة تسود فيما مضى بقسوتها وتعددها ؛

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٧١ وما بعدها

(٢) ستارك : المرجع السابق ص ٣٧٩

(٣) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٤٢ ــ مارتى ورينو : المرجع السابق ج ٢ فقرة ٣٥٩

(٤) ستارك : المرجع السابق ص ٣٧٩ ومابعدها .

(٥) انظر عرض هذا المبدأ عن ايهرنج ونظرة الفقه اليه ، ايجنى : المرجع السابق ص ٧١ وما بعدها ــ ستارك : المرجع السابق ص ٣٧٣ ــ ٣٧٩

فان تاريخ القانون وتطوره يشير الى تقلص نطاق العقوبة واتجاهها نحو التخفيف ، مما يتعارض مع مايدعو اليه ايجنى من خلق نوع جديد من العقوبة . وهذا ما يعترف به ايجنى نفسه من أن القانون الحديث ينفر من العقوبات التحكمية غير الواردة فى نص صريح ، كما أن المشرع يتجه الى استبدال مثل هذه العقوبات الخاصة بغرامات مالية لصالح الخزانة العامة [١].

٧٣ – وقد حاول ايجنى ، كما رأينا ، صياغة العقوبة الخاصة بمعايير ثلاثة : المعيار المادى ويتمثل فى عدم ارتباط العقوبة الخاصة بمدى الضرر ، والمعيار الادبى وهو ارتباط مقدار العقوبة بمدى جسامة الخطأ والمعيار المتعلق بالهدف وهو ردع التصرف المشوب بالذنب. وباجتماع هذه المعايير الثلاثة يمكن القول بأن ثمة عقوبة خاصة .

هذه الصياغة التى تبدو لاول وهلة دقيقة محددة ، تمثل من الناحية العملية تناقضا واضحا .

فاذا تناولنا هذه العناصر الثلاثة بالفحص نجد أن العنصر الادبى ، وهو ارتباط العقوبة الخاصة بمدى جسامة الخطأ ، هو العنصر الاساسى لها . وانه نتيجة لارتباط العقوبة بمدى جسامة الخطأ ، فانها تبتعد عن الارتباط

---

(١) ايجنى : مصير العقوبة الخاصة فى النصف الاول من القرن العشرين ، دراسات مهداه الى جورج ريبير عام ١٩٥٠ وقد عاد ايجنى فى هذا المقال الى تأكيد أن العقوبة لايمكنها أن تدعى لنفسها ذلك الدور الرئيسى الذى تقوم به العقوبة العامة ، بل هى تبقى بجوارها بتواضع لكى تحقق وقت الضرورة من الاهداف ما تعجز العقوبة العامة عن تحقيقه بكل وسائلها وابعادها .

بمدى الضرر ، وأن فى ملائمة العقوبة لمدى جسامة الخطأ أيضا ردعا للذنب المدنى .

ومع ذلك نجد أن ايجنى يتصور العقوبة الخاصة فى حالة الخطأ غير العمدى[1] ، ويتصورها أيضا فى الخطأ اليسير بدليل أنه يسمح للعقوبة الخاصة بأن تقل عن مقدار الضرر حماية للمخطىء من تعسف التعويض[2] . فهو بذلك يلغى العنصر المتعلق بالهدف اذ العقوبة الخاصة بهذا التصوير ليست مخصصة لمجازاة المسئول المذنب بل ولحمايته أيضا ، فهى اذن لاتستحق وصف العقوبة الخاصة بالتصوير الذى قدمه بل تصبح مجرد ملائمة بين مقدار التعويض ومدى جسامة الخطأ ، وبذلك يصبح مدى الخطأ هو المقياس الوحيد للتعويض دون مقدار الضرر .

وعلى ذلك فان الصياغة الفنية لفكرة العقوبة الخاصة تنتهى فى الواقع الى معيار واحد هو درجة جسامة الخطأ ، ويكون المعيار الموضوعى معيارا تابعا وليس معيارا مستقلا كما يصبح المعيار المتعلق بالهدف معيارا وهميا .

٧٤ - على أن هذا المعيار الوحيد ، وهو درجة جسامة الخطأ لايكفى وحده لصياغة فكرة العقوبة الخاصة . ذلك أن النتيجة الحتمية لهذا التحليل هى انتفاء العقوبة الخاصة كلما انتفى الخطأ[3] ، بينما فى بعض التطبيقات التى يقدمها أنصار العقوبة الخاصة لهذه الفكرة يلتزم المسئول بتعويض مضاعف يوصف بأنه عقوبة خاصة رغم عدم وجود خطأ من جانبه ، وهذه هى حالة مستغل المنجم الذى يحدث بفعله المشروع اضرارا بسطح الارض .

---

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ٢٥ .

(٢) نفس المرجع ص ٣٢٣

(٣) ستارك : المرجع السابق ص ٣٩٢

ومن ناحية أخرى فانه فى حالة الخطأ اليسير يخفض التعويض ، وفقا لهذا التصوير الى الحد الادنى.انا بذلك نهتم بالمسئول وتتجاهل تماما مصالح المضرور.ثم ماهو الحد الادنى للتعويض فى مثل هذه الحالة؟ واذا كان الخطأ جسيما أو عمدا : فما هو مدى التعويض الذى يلتزم به المسئول [١]؟ خاصة اذا كان تقدير التعويض متروكا للقاضى ؟

ثم ماهى الحالات التى يجب فيها أن نهجر مبدأ التعويض المرتبط بمقدار الضرر ونلجأ الى فكرة العقوبة الخاصة التى ترتبط بمدى جسامة الخطأ مادام أن التعويض يشمل الخطأ اليسير والجسيم والغش ، وكذلك العقوبة الخاصة هى الاخرى تطبق أيضا فى حالة الخطأ اليسير أو غير العمد والغش؟ ثم ماهى الاعتبارات والمقاييس التى تحكم هذا التحول من هذه الفكرة الى تلك ؟ هذا ما لانجد عليه جوابا فى أفكار الفقه عن العقوبة الخاصة [٢] .

واذا كان هدف العقوبة الخاصة كما يتصورها أنصارها هو عقاب مرتكب الفعل الضار عن طريق ايلامه بزيادة مقدار التعويض الذى يلتزم به، فقد اعترض على ذلك جانب آخر من الفقه بأن هذا المسئول يمكنه دائما أن يتجنب هذه العقوبة بأن يلجأ الى التأمين من المسئولية ، فيرفع بذلك عن كاهله مقدار التعويض والعقوبة الخاصة [٣] .

هذه التناقضات التى تشوب الصياغة الفنية التى قدمها الفقه لفكرة

---

(١) ستارك : المرجع السابق ص ٣٩٣ .

(٢) وهو ما يقر به ايجنى نفسه فى مقال بعنوان "العقوبة الخاصة فى فرنسا فى النصف الاول من القرن العشرين" مجموعة الدراسات المهداه الى جورج ريبير عام ١٩٥٠ .

(٣) مازووتنك : المرجع السابق ، جزء ٣ فقرة ٢٣٦٥ .

العقوبة الخاصة أدت الى فقـدان الفكرة لأهميتها العمليـة والى تجاهل التشريع لها ومحاونة القضاء تحاشى التعرض لتطبيقها صراحة حتى لايتهم بتطبيق جزاء يتصف بعدم المشروعية ، وبالتالى وصفها بعض الفقه بأنهـا ليست سوى تطفـل قانونى (curiosité juridique)[١] أو هى ليست فى القرن العشرين سوى شاذ غير مقبول (anachronisme inadmissible) [٢] كما وصفت نظـرية ايجنى ذاتهـا عن العقوبة الخاصة أيضـا بأنها صيحة منكرة فى القانون الحديث • (chant du cygne) [٣]

٧٥ - ويأخذ الفقه المناهض للعقـوبة الخاصة عليها أنها اذ تسمح للمضرور بأن يقتضى من المسئول مبلغا من المال يجاوز مقدار الضرر ، فانها بذلك تؤدى الى افتقار غير عادل من ناحية المسئول والى اثراء غـيرمشروع من ناحية المضرور ، انها بذلك تكون محـل استنكار من القانون ومن العدالة[٤]...•فالمسئول لايلتزم فقط بتعويض ضرر لم يتسبب فيه ، بل هـو أيضا يلتزم بتعويض ضرر لم يتواجد أصلا ، ان المضرور يستخلص بذلك منفعة أو فائدة غير مشروعة من الضرر الذى أصابه •

ومن ناحية أخرى فانالارتباط بمدى جسامة الخطأ عند تقدير التعويض من شأنه ، فى نظر الفقه ، أن يؤدى الى حرمان المضرور من التعويض اذا كان الخطـأ يسـيرا ، والى زيادة أعبـاء المسئـول اذا كـان

---

(١) ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٦٧ ص ٨١ •

(٢) Fabio Konder compart = Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, thése, Paris, 1964. No. 84

(٣) ستارك : المرجع السابق ص ٣١٦ •

(٤) مازووتنك : المسئولية المدنية ، جـ ٣ فقرة ٢٣٥٧

الخطأ جسيما ، وهـذا المنح أو التكريم لاحد الطرفين على حساب الأخر لايجد له سندا من القانون أو العدالة[1] .

فالعقوبة الخاصة بهذا التصوير تتنافر مع مبدأ صلب اعتنقه الفقه وهو مبدأ التعويض المعادل للضرر والذى لايعتد بجسامة الخطأ[2] .هذا المبدأ أصبح فى نظر الفقه بمثابة العقيـدة التى لايمكن الخروج عليها[3] . ان أى مخالفة لهذا المبدأ يجب أن تجد لها تبريرا ليس خارج أفكار المسئولية المدنية وحدها ؛ بل أيضا خارج أفكار القانون المدنى[4] .

ومبدأ التعويض المعادل للضرر بهذا التطبيق الفقهى الصارم ، اكتسب الشرعية من نصوص التقنين المدنى الفرنسى ومن أفكار واضعى هذا التقنين. ومن الاقرار الصريح له من أحكام المحاكم العليا . ولم يقف الامر بهـذا المبدأ عند تأكيد شرعيته بل تجاوز ذلك الى الرفض الصريح لأى استثـناء يرد عليه تمسكا بنصوص القانون وروحه .

ولما حاول ليجنى بعث العقوبة الخاصة فى نظرية التعويض ، فقد اصطدم بهذا المبدأ الذى يستقل بالشرعية فى معالجة تقدير التعويض . ولم يتمكن ايجنى من الاستناد الى نصوص تشريعية أو اقرار قضائى صريح من القضاء، لذلك كان من السهل على خصومه أن يصفوا هذه العقوبة الخاصة بعـدم الشرعيـة .

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية ، ج٣ فقرة ٢٢٧١

(٢) ستارك : المرجع السابق ص ٣٨٤ وما بعدها

(٣) لوران : مبادىء القانون المدنى ح ٢٠ فقرة ٤٣٠ . والمطول ج ٢ فقرة ٣٦٣ ــ سوردا : المسئولية المدنية ح ١ فقرة ٦٥٩ ــ دى باج : المرجع السابق فقرة ١٠٢٢ ــ مازووتنك . المرجع السابق ح ٣ فقرة ٢٣٦٤

(٤) مازوووتنك : المرجع السابق ح ٣ فقرة ٢٣٥٢ ومابعدها .

٧٦ - على أنه اذا كان الاتجاه الموضوعى فى تقدير التعويض يأخذ صفة العقيدة أو المبدأ المسلم به منذ ارساء قواعد المسئولية المدنية فى التقنين المدنى الفرنسى حتى مطلع القرن الحالى ، فقد أظهر بحث ايجنى بعض جوانب القصور فى هذا المبدأ الذى عجز عن ملاحقة التطور السريع لأحكام المسئولية المدنية. ولكن سطوة هذا المبدأ التى استمدها من كونه تعبيرا عن اكتمال التطور القانونى بالفصل بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية هى التى منعت الفقه من التعرض له بالنقد خشية الاتهام بالرجعية ، كما أن هذه السطوة منعت القضاء أيضا من التصريح بمبادىء جديدة تعالج أوجه النقص فى هذا المبدأ خشية الاتهام بعدم الشرعية .

واذا كان ايجنى قد لقى انتقادا من الفقه حول صياغته للوسيلة الفنية التى يمكن أن يعمل بها الاتجاه الشخصى فى تقدير التعويض ، فان خصومه لم يسعهم الا الاعتراف بأن فكرة العقوبة الخاصة تكمن وراء ما قدمه من تطبيقات فى اطار المسئولية المدنية ، وخاصة فيما يتعلق بتأثر القضاء بمدى جسامة الخطأ فى تقدير التعويض وتعويض الضرر الادبى ونظام التهديد المالى وتعويض الضرر غير المتوقع فى المسئولية العقدية .

وقد كانت نظرية ايجنى أول دراسة هامة فى الفقه الفرنسى تصدت بطريقة مباشرة وصريحة لأوجه القصور فى الاتجاه الموضوعى فى تقدير التعويض. وكانت هذه النظرية بحق فاتحة للجهود الفقهية المتتابعة فى سبيل احياء الاتجاه الشخصى فى تقدير التعويض وفى سبيل اعطاء الخطأ دورا اضافيا غير دوره كأساس للمسئولية وهو التأثير فى التعويض كمقياس له.

الفصل الثانى

نظرية ازدواج اساس المسئولية المدنية

٧٧ - اصطدم فقه المسئولية الموضوعية الذى ينادى بتأسيس المسئولية على مجرد وقوع الضرر وعلاقة السببية ، بأن الواقع القائم للتشريع والقضاء لازال مخلصا لفكرة الخطأ كأساس للمسئولية المدنية ، لذلك تعددت وسائل هذا الفقه فى سبيل اعطاء هذا الاتجاه قبولا عمليا ، و ذلك باعتبار الخطأ والتبعة معا أساسا للمسئولية كما يذهب الفقيه جوسران ، أو باعتبار التبعة أساسا احتياطيا للخطأ ، كما يذهب الفقيه سافاتييه .

ولكن مع اعراض الفقه عن هذه الحلول ازاء عدم امكان تحديد فاصل دقيق يبين متى تقوم المسئولية على الخطأ ومتى تقوم على التبعة ، فضلا عن ضعف المبرر القانونى للالتزام بالتعويض عند تخلف ركن الخطأ ، فقد قامت محاولة أخرى جديدة من جانب هذا الفقه ، نادى بها ستارك . تسعى الى اقامة المسئولية على فكرة الضمان بدلا من الخطأ أو التبعة . وقد حاول ستارك بدوره الاعتراف للخطأ بدوره فى المسئولية المدنية ولكن بمعنى جديد يعبر عن الوظيفة الرادعة التى تزدوج من وظيفة الضمان ، وفى سبيل ذلك تلقف ستارك فكرة العقوبة الخاصة بصياغة فنية جديدة من شأنها أن تفسح مجالا للمسئولية الشخصية القائمة على الخطأ الى جانب المسئولية الموضوعية القائمة على الضمان ، وهو ما ينعكس على التعويض المدنى فى مداه وفى الالتزام به .

وندرس نظرية ستارك عن الضمان والعقوبة الخاصة فى مبحثين :

المبحث الاول : مضمون نظرية ازدواج أساس المسئولية المدنية

المبحث الثانى : تقييم نظرية ازدواج أساس المسئولية المدنية

المبحث الاول

مضمون نظرية ازدواج أساس المسئولية المدنية

١ - فكرة الضمان :

٧٨ - يرى ستارك أن المسئولية المدنية تحقق وظيفتين أساسيتين . الضمان (garantie) والعقوبة الخاصة[١] . وفيما يتعلق بوظيفة الضمان يقول ستارك أن المسئولية عن الاضرار المادية والجسمانية تفسر بفكرة الضمان . ذلك أن فكرة الخطأ قد ظهر قصورها بتعدد الحوادث التى يتعذر فيها معرفة الخطأ ، فظهرت نظريات التبعة التى تؤسس المسئولية على الضرر . فكل من باشر نشاطا من شأنه احداث نتائج ضارة بالغير عليه أن يتحمل بتبعة هذا النشاط . ولكن نظريات التبعة بكافة صورها فشلت فى أن تفسر أساس المسئولية المدنية ، فعاد الفقه الى فكرة الخطأ ولكن فى صورة جديدة . فلم يعد الخطأ الآن معيارا للقاضى أو للمشرع فى تأسيس المسئولية ولكنه أصبح تفسيرا لاحقا للمسئولية التى تقوم فى حقيقة الامر على أساس آخر . فبدلا من أن يكون الخطأ دليلا يسبق ويوضح ، أصبح ظلا تابعا بذلة .[٢]

ويضيف ستارك أن أساس المسئولية المدنية ليس مغلقا على فكرتى

---

(١) Starck (B.) = Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée thèse, Paris, 1947,

(٢) ستارك : المرجع السابق ص ١٧

الخطأ والتبعة ، فبما فكرتان شخصيتان تبحثان عن سبب وتبرير الالتزام بتعويض الضرر من وجهة نظر محدث الضرر وحسب وتتجاهلان تماما حقوق المضرور .

ويقول ستارك أنه فيما يتعلق بالاضرار المادية والجسمانية فان وقوع ضرر على الغير يمثل اخلالا بحقه فى السلامة (droit à la sécurité)[1]. ان حق السلامة الذى يكفله القانون لكل فرد فى المجتمع يتمثل فى سلامة حياته وجسمه وأمواله من أى ضرر . فالقانون يضمن للفرد تعويضا عن أى اخلال بحقه فى السلامة ، فيلتزم محدث الضرر بالتعويض بقوة القانون ، وبصرف النظر عن مسلك المسئول خطأ كان أم صوابا ، وذلك عدا حالة القوة القاهرة . فالمسئولية تقوم فى نظرة على الضمان وليس على الخطأ أو التبعة . فثمة فارقا بين النشاط المشروع (activite licite) والضرر المشروع (dommage licite) فسواء كان النشاط مشروعا أو غير مشروع ، فان المعول عليه هو مشروعية الضرر أو عدم مشروعيته .

ويفرق ستارك بين نظريته ونظرية تحمل التبعة . فبينما نظرية تحمل التبعة تنظر الى التعويض على أنه المقابل الضرورى للفائدة المستخلصة من النشاط . فان نظريته عن الضمان . على العكس من ذلك . تبرر الالتزام بتعويض المضرور بفكرة الاخلال بحقوقه . فنظرية تحمل التبعة تتناول المسألة من وجهة نظر محدث الضرر . أما نظرية الضمان فتتناولها من وجهة نظر المضرور وحقوقه[2] .

---

(١) ستارك : المرجع السابق ، ص ٣٨ وما بعدها .

(٢) ستارك : المرجع السابق ص ٤٣ ، وقارن ريبير : النظام الديمقراطى ص ٣٣٩ من ان التبعة تنتهى الى فكرة الضمان .

وبالنسبة للمسئولية عن الاضرار غير المادية أو غير الجسمانية ، وهى الاضرار الاقتصادية والادبية . فان هذه الاضرار تعد غيرمشروعة اذا نتجت عن تعد غير مشروع (empiètement illégal) على حقوق وحريات المضرور . ان فكرة الخطأ هنا تتدخل لتشكل الحد الشخصى لحقوقنا وحرياتنا (limite subjective) فى المساس بحقوق الغير[1] . اننا نكون أمام حقين متنازعين ، حق المضرور وحق محدث الضرر . وتجب عندئذ المفاضلة بينهما . وقد يحسم المشرع هذه المفاضلة لصالح أحد الطرفين كما فى حق المنافسة وحق النقد وحق الاضراب وحجز ما للمدين لدى الغير . هنا يكون الضرر مشروعا ولايوجب التعويض . وفى غير هذه الفروض فان أى تعدغير مشروع على حقوق الغير يسبب له أضرارا غير مادية أو غير جسمانية يوجب التعويض .

وفيما يتعلق بالمسئولية العقدية ، فيرى ستارك أن الادعاء بأن المدين الذى لم ينفذ التزامه قد ارتكب خطأ ، يعد تحايلا على الواقع . ان مسئولية المدين يجب أن ترتبط مباشرة بتعهده (pacta sunt servande) انه يلتزم بضمان ما وعد به . وكل ما فى الامر هو تحديد مضمون هذا الضمان . ان أساس هذا الضمان العقدى ليس خطأ المدين ، ولكنه الرابطة القانونية (vinculum Juris) التى أنشأتها الارادة التعاقدية[2] .

٢ ـ تعويض الضمان :

٧٩ ـ ان الضرر غير المشروع الذى يلزم محدثه بالضمان ، يؤدى الى التزامه بتعويض هذا الضرر . ولكن تعويض الضمان فى نظر ستارك يتميز بأنه

---

(١) ستارك : المرجع السابق ، ص ١٩٥ وما بعدها

(٢) نفس المرجع ، ص ٢٧٧

موضوعي ومعتدل (objective et modéré)[١] . فهذا التعويض يشمل الخسارة الواقعة (damnum emergens)[١] ولا يشمل الكسب الفائت (lucrum cessans) وفى المسئولية العقدية يشمل الضرر المتوقع دون ذلك غير المتوقع[٢] . ويعتد فى جميع الاحوال فى تقدير التعويض بالقيمة التجارية للشىء لا بقيمته لدى المضرور وبالايرادات المهنية المتخذة أو الطبيعية لشخص فى مثل مهنة المضرور ، أو مركزه الاجتماعى وليس بالايراد الفعلى للمضرور[٤] . ولا يشمل التعويض الضرر الادبى الا فى حالة الوفاة وعدم وجود ضرر مادى يمكن تعويضه[٥] . فالتعويض يجب أن يتجرد من أى ظروف شخصية تتعلق بشخص المضرور فلا يقدر الا تقديرا موضوعيا بحتا[٦] . ومن ناحية أخرى فانه يمكن التأمين من المسئولية عن الضمان . وأخيرا فانه يمكن للاطراف تحديده أو الغاؤه بمطلق ارادتهم[٧] .

٣ ــ دور الخطأ فى المسئولية المدنية :

٨٠ ــ ان الضمان يقوم فى نظر ستارك على تحقق الضرر وحده دون مسوغ من القانون ، ودون الحاجة الى تطلب خطأ ثابت أو مفترض فى جانب محدث الضرر . فهل يبقى الخطأ الصادر من المسئول غير ذى أثر فى نطاق

---

(١) ستارك : المرجع السابق ، ص ٤٠١ وما بعدها

(١) نفس المرجع ، ص ٤٠٢

(٣) نفس المرجع ، ص ٤٠٢

(٤) نفس المرجع ، ص ٤١٠

(٥) نفس المرجع ، ص ٤٠٨

(٦) نفس المرجع ، ص ٤٠٩

(٧) نفس المرجع ، ص ٤١٣

المسئولية المدنية ؟ يرى ستارك أن وجود الخطأ يؤدى الى اعمال الوظيفة الثانية للمسئولية المدنية وهى العقوبة الخاصة .

ان الوظيفة المانعة للقانون (fonction preventive du droit)[1] هى احدى وظائفه الجوهرية ؛ ومن الخطأ قصر هذه الوظيفة على القانون الجنائى وحده أو الاحتفاظ للقانون المدنى بالصفة الحسابية البحتة لاعادة التوازن بين الذمم [٢]، ذلك ان وسائل القانون الجنائى وجزاءاته وقواعد تفسيره لاتتفق مع متطلبات الحياة الاجتماعية ، فضلا عن أن التعويض وحده لايكفى لمنع الاخطاء بسبب ما قد يفيده المسئول من الفعل الضار أو بسبب ثروته أو بسبب اتفاقات عدم المسئولية . ان ثمة ضرورة لسياسة منع الاضرار الناتجة عن خطأ الفرد . ومبدأ التعويض الواحد لكل صور الخطأ يهدر الوظيفة المانعة للقانون المدنى . ففى حالة الخطأ ، فان محدث الضرر هو الذى يعنينا ؛ وذلك بأن نقرر عقوبة خاصة لمنع الخطأ .

٤ ـ درجة الخطأ الذى يتطلب عقوبة خاصة :

٨١ ـ يقول ستارك ان الخطأ الذى يوجب توقيع العقوبة الخاصة بهدف منع الاضرار والاخطاء هو الخطأ الثابت المتميز أو الغلط الملوم فى السلوك [٣].

(ou l'on constate chez l'auteur du dommage une faute caractérisée, une erreur de conduite répréhensible)

---

(١) ويبدو من دراسة افكار ستارك انه يقصد بوضوح من الوظيفة المانعة للقانون وظيفة الردع والمنع للاخطاء فى ذات الوقت ولكنه درج على استعمال لفظ (prevention) وحده بدلا من أن يقرنه بلفظ (repression) ويبدو أن ذلك كان تحت تأثير ما اتبعه فقه القانون المدنى من الربط بين الاصطلاحين حتى ليعدهما شيئا واحدا .

(٢) ستارك : المرجع السابق ص٣٥٤ وما بعدها ، ٣٧٩ وما بعدها .

(٣) نفس المرجع : ص٢٩٥ وص ٤٢٣ وما بعدها ؛ وهو يستثنى من ذلك =

فالمجتمع لايذهب الى حد الزعم بمنع كل الاضرار التى يسببها الافراد لبعضهم البعض. ذلك أن بعض هذه الاضرار مشروع ومصرح به، والبعض الآخر وان كان غير مشروع فهو يرتبط بنشاط عادى ونافع اجتماعيا. ولكن يمكن، بل ويجب، حظر تلك الاخطاء التى يمكن تحاشيها (évitables) وعلى ذلك فهو يعرف الخطأ بأنه طريقة سلوك يمكن ويجب تحاشيها

(la faute est une maniere d'agir que l'on aurait pu ، que l'on aurait du éviter)

فالسلوك يكيف بأنه خطأ لأن القاضى يعبر عن الشعور العام ، فيقدر أنه فى الظروف التى وجد فيها المسئول ، كان يجب عليه أن يسلك بطريقة أخرى. ولذلك لا يدخل فى فكرة الخطأ بهذا المعنى الغلط الطفيف (erreur minime) الراجع الى العرف والروتين ، ولا عدم الحيطة التى يرتكبها الرجل الحريص مائة مرة فى اليوم ، ولا الاخطاء الميكروسكوبية ، وهى الاخطاء عديمة الروح والجوهر التى يقول بها الفقه كقناع لتغطية المسئولية الموضوعية فى بعض الحالات . ليس ضروريا أن يتصف الخطأ بسوء النية أو الغش، بل يكفى أن يثبت للقاضى أن المسئول كان مسلكه منفرا للشعور الوسط ، أو أنه ارتكب اهمالا أو عدم حيطة أو خداعا ، بل ويكفى أن يكون الخطأ يسيرا لتوقيع العقوبة الخاصة [1]. فمتى قلنا أنه ما كان يجب على المسئول أن يفعل ذلك ، فان رد الفعل الجزائى يظهر الى الوجود. وبذلك فان الخطأ الذى يوجب اعمال العقوبة الخاصة فى نظر

= الحالات التى يوجب فيها القانون اثبات خطأ من درجة معينة ، وهى حالة الخطأ غير المغتفر فى شأن اصابات العمل ، والخطأ الجسيم كشرط لمخاصمة القضاة ، والغش فى حالة اخفاء عناصر التركة (نفس المرجع ص٠٤ وص ٤٥٤) .

(١) ستارك : المرجع السابق ص ٣٩٣.

ستارك لايشترط فيه أن يبلغ مرتبة الغش أو الخطأ الجسيم ، بل يكفى أن يكون خطأ يسيرا بالمقياس المجرد ؛ ولكن يشترط فى هذه الحالة ألا يكون خطا تافها .

٥ ـ حدود العقوبة الخاصة :

٨٢ ـ ويقول ستارك أن العقوبة الخاصة تظهر عندما يكون التعويض المستحق على محدث الضرر أكثر من ذلك الذى كان يستحق بمناسبة ضرر مشابه وقع نتيجة لنشاط غير خاطىء . فالعقوبة الخاصة ما هى الا تكملة للتعويض (supplément d'indemnité) . وهذه العقوبة الخاصة لها حد أدنى تبدأ منه وحد أقصى تنهى عنده.أما الحد الادنى فهو التعويض الموضوعى المعتدل الذى لايشمل الا الخسارة الواقعة أو القيمة التجارية للشىء التالف أو الايرادات المعتادة لمثيل المضرور ؛ والذى لايشمل الضرر غير المتوقع فى المسئولية العقدية ، كما لايشمل الضرر الادبى[1] . هذا التعويض يشكل الحد الادنى الذى من بعده تبدأ العقوبة الخاصة ؛ فهى التكملة أو الاضافة التى تعلو مثل هذا التعويض المعتدل[2] .

أما الحد الاقصى للعقوبة الخاصة فى نظر ستارك فهو التعويض الكامل

---

(١)عدا حالة الوفاة وعدم وجود ضرر مادى يمكن تعويضه .

(٢)يضيف ستارك انه فى الحالات التى تتطلب الخطأ من محدث الضرر ؛ كما فى الالتزام ببذل عناية والمسئولية عن الاضرار الاقتصادية والادبية البحتة؛ لالتزامه بالتعويض ؛ فان تخلف هذا الخطأ يوجب عدم مسئوليته. ومن الواضح انه يقصد أن عدم المسئولية هنا هو الحد الادنى الذى من بعده تبدأ العقوبة الخاصة فى حالة الخطأ المتميز من محدث الضرر (المرجع السابق ؛ ١٥ وص ٥٤).

(reparation intégrale) المقدر تقديرا ذاتيا (in concreto)[١] والذى يشمل الكسب الفائت والضرر الادبى والضرر غير المتوقع عند التعاقد ، والذى تقدر عناصره تقديرا ذاتيا أى بمدى مالحق بالمضرور ذاته من الضرر.

ولكن هذه العقوبة الخاصة لايجب ، فى نظر ستارك، أن تتجاوز مقدار الضرر أو تحقق اثراء للمضرور حتى لاتدفعه الى تشجيع وقوع الضرر ، على أن هناك استثناء وحيدا لذلك فى نظر ستارك هو حالة الخطأ المكسب (faute lucrative) أى الحالة التى يحقق فيها الفعل الضار منفعة لدى المسئول مساوية أو تزيد على مقدار التعويض ، ففى هذه الحالة يمتد التعويض ليتجاوز التعويض الكامل المقدر تقديرا ذاتيا بحيث يستوعب كل فائدة يمكن أن يحصل عليها المسئول[٢].

ويحدد ستارك عناصر العقوبة الخاصة بهذه الصياغة التى قدمها بعنصر يتعلق بالهدف ويتمثل فى منع الخطأ الذى كان يمكن تحاشيه ، وعنصر مادى هو تكملة تعويض الضمان اى التعويض الموضوعى المعتدل الى مستوى التعويض الكامل المقدر تقديرا ذاتيا ، وعنصر أدبى يتمثل فى ردع الخطأ الثابت المتميز[٣].

---

(١) ستارك : المرجع السابق ص ٤١٥ ، ٤١٦

(٢) ستارك : المرجع السابق ص ٤١٦ وما بعدها .

(٣) نفس المرجع ص ٣٩٣

المبحث الثاني

تقييم نظرية ازدواج أساس المسئولية المدنية

٨٣ ـ تأكيد اهمية الوظيفة الرادعة ٨٤ ـ افتراض الضمان ٨٥ ـ اهدار حق المضرور ٨٦ ـ شمول العقوبة الخاصة لكل نطاق المسئولية ٨٧ ـ المساواة بين درجات الخطأ ٨٨ ـ ردع الخطأ اليسير .

٨٣ ـ لاشك أن محاولة ستارك صياغة نظرية حديثة للعقوبة الخاصة كانت خطوة الى الامام فى سبيل تخليص هـذه الفكرة من بعض الصفات البدائية التى لازمتها فى الفقه التقليدى أو فى نظرية ايجنى.فنظرية ستارك أزالت من فكرة العقوبة الخاصة صفات الانتقام والتشبع بأفكار القانون الجنائى لتنسبها الى القانون المدنى وحده ولتظهر ارتباط هـذه الفكرة بنظرية التعويض ، على أنه وان كان ستارك لم يقطع بتخصيص العقوبة الخاصة باطار جزاء التعويض وبسطها الى تطبيقات أخرى فان ابرازه لدور هذه العقوبة فى نظرية التعويض اقترب بها من اطارها الصحيح[1] .

ان فكرة ستارك تدور حول تأكيد أهميـة الوظيفة الرادعة فى القانون الخاص فى نطاق الروابط الخاصة المدنية،وقد جاءت نظريته كمحاولة أولى فى الفقه لايجاد وسيلة أو صياغة فنية لاعمال الردع مع جبر الضرر من خلال التعويض المدنى.ورسالة ستارك تحوى قدرا كبيرا من الحقيقة وخاصـة فيما يتعلق بالوظيفة المزدوجة للمسئولية المدنية .

---

(١)قدم ستارك قائمـة بالتطبيقات التقليدية التى درج عليها الفقه لفكرة العقوبة الخاصـة ليؤكد عمومية هذه الظاهرة . ومع ذلك فان ما أولاه ستارك لهذه الفكرة من اهمية فى اطار المسئولية المدنيه وما حاول اعطاؤه لهـا من تحديد ازال عنها الى حد ما صفة التعميم التى كانت تؤثر على صياغتها .

وهذه الدراسة من شأنها أيضا أن تلفت الانظار الى أن أفكار الفقـه التقليدى التى وقفت عند بعض مبادىء جامدة وعتيقة للمسئولية المدنية لم تعد تطابق الواقع القائم للتشريع والقضاء.فثمـة تطورا حقيقيا فى فلسفة الالتزام بالتعويض وفى مداه ، وثمة اتجاها حقيقيا من التشريع والقضاء نحو ردع الخطأ المتميز فى جسامته.هذه النظرية التى قدمها ستارك ألقت الضوء على الكثير من الحقائق التى يمكن الاستناد اليها فى مداومـة البحث عن صياغة مقبولة لاعمال الردع من خلال التعويض المدنى .

ومع ذلك فانه لايبدو أن الصياغة التى قدمها ستارك قد نجحت فى حسم مشكلة كيفية الجمع بين الردع وجبر الضرر فى جزاء التعويض .

٨٤ ـ فنظرية ستارك عن العقوبة الخاصة ارتبطت وتأسست على فكرة الضمان التى ينادى بها فى نطاق المسئولية المدنية.فقد جاءت هذه النظرية متأثرة بهذا الافتراض المسبق بوجود التزام بالضمان.ولذلك فان كل انتقاد لفكرة الضمان من شـأنه أن يتناول أيضا هـذه العقوبة الخاصة ، باعتبار الضمان هو القاعدة التى تقوم عليها هذه العقوبة .

ان فكرة الضمان التى يقول بها ستارك ليست جديدة فى نطاق المسئولية المدنية ، فهى ترديد لافكار نظريات التبعة ، التى تدعو الى قيام المسئولية على الضرر وحده دون اشتراط الخطأ ثابتا كان أو مفترضا.وهذه النظريات التى لاقت رواجا فى الفقـه الفرنسى لفترة من الزمن ، لم يكتب لها البقاء كقاعدة عامة للمسئولية المدنية.فقد تحول عنها أغلب الفقه ، كما تردد القضاء فى الاخذ بها دون سند تشريعى.هذا بالاضـافة الى أن التشريع لم يخص هذه النظرية سوى بنطاق استثنائى.وقد بقيت النظرية الشخصية للمسئولية القائمة على الخطأ هى الاصل فى نظر التشريع والقضاء والفقه.وعلى ذلك فان نظرية الضمان التى ينادى بهـا ستارك لم تخرج عن النطـاق النظرى

البحث. فليس صحيحا أن الفرد يسأل فى جميع الاحوال بتعويض كل ضرر يحدثه ولو لم يكن مخطئا [١] . وبذلك تكون فكرة الضمان هذه فكرة صناعية بحتة ، وهو ما يؤدى بالتالى الى وصف نظرية ستارك عن العقوبة الخاصة بأنها هى الاخرى مجرد افتراض نظرى بحت ثم ينزل الى مجال التطبيق العملى [٢] . ودليل ذلك أن ستارك يقترح فى ختام رسالته استبدال نصوص المسئولية المدنية فى التقنين المدنى الفرنسى بنصوص أخرى تسمح بقبول نظريته [٣] .

٨٥ — ومن ناحية أخرى فان نظرية الضمان التى يقول بها ستارك تحمل فى طياتها تناقضا واضحا. فهو ينتقد النظرية الشخصية للمسئولية ونظرية التبعة لانهما تركزان اهتمامهما على المسئول ، بخطئه أو بنشاطه ، مع تجاهل حقوق المضرور وحقوقه التى تكفل القانون بحمايتها [٤] . ومع ذلك فان تعويض الضمان فى نظره هو التعويض الموضوعى الذى يستبعد أى تقدير ذاتى للضرر ، ومعنى ذلك أن تعويض الضمان يحقق للمضرور فى الواقع تعويضا يقل عن مقدار الضرر الذى لحقه فعلا ، وهو لن يحصل على التعويض الكامل المقدر تقديرا ذاتيا الا فى حالة الخطأ الثابت المتميز من المسئول بصفة عقوبة بينما هذا التعويض الكامل يقدمه له القانون — عدا

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية ، جـ١ فقرة ٣٥٠ — ٣٥٥ — لالو : المسئولية المدنية ، الطبعة السادسة، فقرة ١٢٢ وما بعدها — ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١١٦ — اسمان : الخطأ ومكانه فى المسئولية المدنية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٤٩ ص٤٨١ وما بعدها .

(٢) كاربونييه : القانون المدنى جـ ٤ ، ١٩٦١ ص ٣٠٠

(٣) ستارك المرجع السابق ص٤٩٤ ومابعدها .

(٤) ستارك : المرجع السابق ص ١٥ ومابعدها .

حالة الاتفاق أو النص الخاص ـ وفقا للنظرية التقليدية القائمة على الخطأ أو التبعة كحق أصيل مستقل عن فكرة العقوبة .

٨٦ ـ واذا كان حصول المضرور على التعويض الكامل المقدر تقديرا ذاتيا مشروطا فى نظر ستارك بوجود الخطأ الثابت المتميز ، فان تحديده لهذا النوع من الخطأ لايخرج فى الواقع عن تحديد فكرة الخطأ العادى على ما جرى عليه القضاء[1] .

فالخطأ التقليدى انما يقاس بسلوك الشخص المعتاد الذى يوجد فى مثل ظروف المسئول ،ولا يختلف الخطأ الموجب للعقوبة الخاصة فى نظر ستارك عن هذا الخطأ التقليدى الا فى استثناء الخطأ التافه جدا ، وهو ما قد يـ أيضا من المعيار التقليدى للخطأ[2] .

وعلى ذلك فان نطاق العقوبة الخاصة بهذه الصورة سيمتد ليشمل كل نطاق المسئولية القائمة على الخطأ ،بل أن ذلك سينتهى بنا الى اعتبار نطاق الضمان نطاقا وهميا يتضاءل ويتلاشى أمام العقوبة الخاصة ، اذ الفعل الضار الذى لايستند الى القوة القاهرة ، غالبا ما يكون انحرافا فى السلوك وبالتالى خطأ موجبا للمسئولية[3] . ذلك أن القضاة غالبا ما يفترضو.

---

(١) رينيه روديه : المسئولية المدنية ، جـ٩ مكرر من مطول بودان ، ١٩٥٢ فقرة ١٣٧٦ .

(٢) ويبدو أن ستارك يهدف الى الاعتداد بالواقع وعدم ضرورة القول بالمعنى المشار اليه عند وجوده بالفعل .

(٣) رينيه روديه : جـ٩ مكرر من مؤلف بودان ١٩٥٢ ، فقرة ٧٦–

الاخطاء لمصلحة المضرور أو المجتمع بهدف تحقيق المنع الجماعي للاضرار[1] ، وليس بهدف العقوبة الخاصة .

٨٧ - واذا كان ستارك يهدف الى تفسير التعويض القائم على الخطأ بأنه عقوبة خاصة تؤدي وظيفة الردع ، فيبدو أنه قد تغاضى عن خصيصة أساسية للردع وهي التفريد أو التأثر بمدى جسامة الخطأ.ففي نظر ستارك نجد أن الخطأ اليسير أو الخطأ الجسيم أو العمد كلها تستوجب تعويضا واحدا لايختلف من فرض الى آخر وهو التعويض الكامل ، فهذه العقوبة الخاصة التي يقدمها ستارك في صورة التعويض الكامل من درجة واحدة بالنسبة لجميع درجات الخطأ.وبذلك ينتهي ستارك الى الغاء الاتجاه الشخصي للتعويض الذي قصد الى اثباته : لينتهي الى الاتجاه الموضوعي الذي ينادي بتجرد التعويض من مدى جسامة الخطأ وبوحدة التعويض بالنسبة لجميع درجات الخطأ .

ومن شأن هذه الموضوعية التي ينتهي اليها تطبيق نظرية ستارك وجود تداخل في النطاق بين العقوبة الخاصة والتعويض.فطبقا للوضع القائم يحصل المضرور على تعويض كامل أيا ما كانت درجة جسامة الخطأ.فلماذا نسمي هذا التعويض عقوبة خاصة ؟ ان المسألة لن تخرج عن اطلاق وصف العقوبة على تعويض اصلاحي بحت يهدف الى مجرد جبر الضرر استنادا الى تأسيس نظري .

٨٨ - واذا كان العنصر الادبي للعقوبة الخاصة في نظر ستارك هو معاقبة ذلك الذي ارتكب خطأ متميزا سواء كان اهمالا أو عدم حيطة أو

---

(١) كاربونييه : القانون المدني ج ٤ ، ١٩٦٩ ، ص ٢٠٠

خطأ يسيرا ، فان ستارك يصف هــذه الاخطاء بأنها الاخطاء التى يمكن ويجب تحاشيها .

ان لفظ العقوبة الخاصة هنا لا يبدو مناسبا . فالخطأ غير العمد قــد يكون سهوا وقد يمثل انحرافا فى السلوك اذا قيس بمقياس الرجل المعتاد ، ولكنه لايمثل تحــديا على قواعد الاخلاق اذا أخذ بالمعيار الذاتى . وقــد يكون الخطأ من مستــلزمات النشاط بحيث لايمكن تحاشيــه الا بوقف النشاط ذاته . ولذلك فان اطلاق صفة العقوبة على التعويض التقليــدى المقرر عن الاضرار الناتجة عن الخطأ اليسير قد يحمــل شيئا من التجاوز باعتبار أن مثل هذا الخطأ يوجب جبر الضرر دون ردع المسئول .

الفصل الثالث

نظرية ازدواج المسئولية المدنية

٨٩ - لم يزل فقه المسئولية الموضوعية يرى فى عنصر الضرر وحده مبررا كافيا لقيام المسئولية المدنية.ولكن ازاء تمسك التشريع والقضاء بركن الخطأ كأساس للمسئولية ، فقد تحول هذا الفقه فى العصر الحديث الى استظهار هذه الموضوعية ، ليس فى قيام المسئولية ، ولكن فى الالتزام بالتعويض.فهناك اليوم ملتزمون بالتعويض فيما وراء محدث الضرر أو الى جانبه ، والتزامهم هذا لايقوم على الخطأ ، ولكن على أساس التزام الكيان الاجتماعى بتعويض كافة الاضرار فى المجتمع عن طريق الانظمة الجماعية للتعويض ، وهذا الاتجاه الجديد يعبر عنه بفقه المسئولية الجماعية .

على أن فقه المسئولية الجماعية فى محاولة منه لتفسير الدور الثابت للخطأ فى اطار المسئولية المدنية ، أقر وجود المسئولية الفردية القائمة على الخطأ ، فيما وراء المسئولية الجماعية ، كتعبير عن الردع فى العصر الحديث.

وتتناول نظرية ازدواج المسئولية المدنية فى مبحثين :

المبحث الاول : مضمون نظرية ازدواج المسئولية المدنية .

المبحث الثانى : تقييم نظرية ازدواج المسئولية المدنية .

المبحث الاول

مضمون نظرية ازدواج المسئولية المدنية

٩٠ ـ تطور افكار المسئولية المدنية ٩١ ـ الاتجاه نحو اجتماعية المسئولية ٩٢ ـ حماية الانسان ٩٣ ـ الغاء الفردية فى المديونية بالمسئولية ٩٤ ـ الانظمة الجماعية للتعويض ٩٥ ـ التواجد المشترك للمسئولية الجماعية والمسئولية الفردية ٩٦ ـ درجة الخطأ الذى يستوجب الردع ٩٧ ـ خلاصة مذهب جماعية المسئولية .

٩٠ ـ عند صياغة قواعد المسئولية المدنية فى التقنين المدنى الفرنسى عام ١٨٠٤ ، كان الاساس الوحيد لحصول المضرور على تعويض لما لحقه من ضرر فى جسمه أو ماله . هو أن تشير قواعد المسئولية المدنية الى شخص يتحمل بهذا التعويض على أساس خطئه الثابت أو المفترض • والمضرور فى سعيه لتعويض ما لحقه من ضرر ، لايجد أمامه الا الفرد المسئول الذى حددته قواعد المسئولية المدنية•فاذا لم يجد المضرور مسئولا يتحمل بالتعويض كان هذا هو قدره ، فيتحمل وحده بالاضرار التى لحقته [١] •وكذلك الشأن لو فشل المضرور فى اثبات الخطأ أو نسبته الى شخص محدد ، أو كان المسئول معسرا • فالمجتمع لا علاقة له بتعويض هذه الاضرار ، والتى يظل أمر تعويضها محصورا فى العلاقة ما بين المضرور والمسئول [٢]•هذا ما يعبر عنه بالمسئولية الفردية (responsabilité individuelle) بمعنى أن الالتزام بالتعويض يتعلق بالفرد المسئول وحده ولا يتعداه الى الكيان الاجتماعى •

---

(١)من المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى الفرنسى :
locré, t XIII, p 57 et 58, No. 19

(٢) ~vatier : Les métamorphoses économiques et sociales du ivil d'aujourd'hui, premiere série, 3 éd., 1964 ' No 275, p.333

هذه المسئولية الفردية كانت تتفق مع ظروف الحياة فى بداية القرن التاسع عشر. ففى ذلك العصر كان من السهل تجنب الخطأ ، واذا وقع الخطأ كان من السهل اثباته ، وكانت آثاره الضارة عادة ما تكون محدودة يمكن للمسئول أن يتحملها فى ذمته . فهذه المسئولية الفردية كانت تكفى لحماية المضرور .

أما فى عصر الآلة والمشروعات الصناعية الكبيرة ، فان هذه المسئولية الفردية تعجز عن توفير الحماية المضرور . هذا القصور يبرره فى نظر انفقه أسباب ثلاثة[1] :ـ

السبب الاول هو الشعور الجزئى لدى الانسان الحديث بفقد حريته. فمن المبادىء التى تستند اليها المسئولية الفردية ، تقديس حرية الفرد . فالفرد لايلتزم بتعويض الضرر الا اذا كان ناشئا عن خطئه ؛ وهذا المبدا يتضمن تأكيدا لمعانى الحرية. فالمسئولية تفترض العلم بالخير والشر وتفترض أيضا حرية الاختيار بين الاقدام على ارتكاب الخطأ أو تجنبه ؛ فالانسان الذى يرتكب الخطأ كانت له الحرية فى اختيار قدره بنفسه ، وبالتالى يكون مسئولا[2].

أما اليوم ، فان الظروف الاقتصادية الخاصة بالعرض والطلب ، وتقلبات الاسعار العالمية والاقتصاد المدار وتشابك المعاملات ، كل ذلك يفقدالانسان حريته فى المسئولية العقدية ، اذ كل هذه الظروف لادخل لحرية المسئول فى احداثها. وهو مادعى القضاء الادارى فى فرنسا الى اقرار نظرية الظروف

---

١) سافاتييه : نحو اجتماعية المسئولية والتبعات الفردية ، داللوز الاسبوعى ١٩٣١ ص٩ ــ ١٢ .

(1) Savatier : Comment repenser la conception francaise actuelle de la responsabilité civile, D.S. 1968, No. 3, 4

الطارئة لعلمه بأن الدولة بسياستها الاقتصادية العامة هى التى قد تحدث هذه الظروف الطارئة .

هذا الفقدان للحرية ينطبق أيضا على المسئولية التقصيرية . فقديما كان فى وسع الانسان أن يتوقى أى حادث . أما اليوم فان سائق السيارة مثلا لايمكنه أن يكون حرا فى توقى حوادث المرور وسط دوامة الحركة التى لاتنقطع من باقى السيارات .

والسبب الثانى هو ازدياد الخطأ الشائع زيادة كبيرة (faute anonyme)[1] فالتشابك الاقتصادى والصناعى اليوم لايسمح بتحديد شخص المخطىء من بين العديد ممن اشتركوا فى النشاط الضار . فهناك نظام الورديات المتعاقبة فى المصانع ، وتتابع العمليات على السلعة الواحدة من الصانع الى المجهز الى الناقل الى الموزع . فاذا ما اتضح أن شخصا أصيب فى حادث وأجريت له عملية نقل دم من غير فصيلة دمه ، فقد يكون ذلك راجعا الى خطأ فى التعبئة أو فى التحليل من أطباء المستشفى أو من الصيدلى . كذلك الحال فى انفجار أنبوبة غاز ، فقد يتصور الخطأ من جانب المصنع أو المعبىء أو الناقل أو الموزع فيكون الخطأ شائعا . واذا لجئنا الى معيار حارس الاشياء ، فان هذا المعيار قد لايسعفنا لعدم وضوح معالم فكرة حراسة الشىء سواء فى القانون أو فى القضاء . أمام شيوع الخطأ الذى هو من معالم التطور الصناعى الحديث كان لزاما الاتصال عن معيار الخطأ وتقرير المسئولية دون اشتراط تعيين شخص المسئول[2] .

والسبب الثالث هو ضخامة الاضرار بالقياس الى الخطأ . ففيما مضى كان هناك تناسب بين الخطأ ونتائجه وبين ثروة المسئول . أما اليوم فان خطأ

(١) Savatier : Note D. 1957. 493.

(٢) سافاتييه : نحو اجتماعية المسئولية والتبعات الفردية ، داللوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ١١

فرديا عاديا قد يؤدى الى أضرار هائلة. فاذا ما أقيم سد على أحد الانهار ثم انهار هذا السد لخطأ فنى ، ففى الماضى كان يمكن تدارك الاضرار الناتجة عن هذا الخطأ بالتعويضات الفردية من المسئولين . أما اليوم فان انهيار سد عظيم لخطأ من مهندس الاساسات أو مهندس التربة أو مقاول الانشاءات يؤدى الى أضرار تقصر عنها امكانيات المسئول [1] .

٩١ ــ هذه الاسباب التى بدأت تظهر وتتأكد بتقدم المجتمع الصناعى، أدت فى ذلك الوقت الى ظهور ذمم أخرى تلتزم بالتعويض الى جانب المسئول أو بدلا منه. فمنذ القرن الحالى بدأ المجتمع يخلق نظما جديدة ، أو يدعم نظما سابقة ــ فى اطار المسئولية المدنية وخارجها ــ من شأنها أن تؤكد حصول المضرور على تعويض ما لحقه من ضرر ، دون أن يكون لغياب الخطأ أو اعسار المسئول أثر على ذلك [2].

هذا المسلك الذى فرضه تقدم المدنية تلقفه الفقه الموضوعى ــ وعلى رأسه الفقيه سافاتييه ــ لتأكيد أن العصر الحديث يتجه نحو اجتماعية المسئولية (socialisation de la responsabilité) [3] أى أن الهيئة الاجتماعية تسعى بكافة الوسائل الى تحقيق تعويض مناسب للاضرار التى تلحق بالفرد ، دون التقيد بما تمليه المسئولية الفردية من ضرورة قيام الخطأ من ناحية ،

---

(١) سافاتييه : نحو اجتماعية المسئولية والتبعات الفردية ، دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ١١

(٢) Alex Will = Droit civil, les obligations, 1961. No. 591.

(٣) Savatier : Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuelles. D. H. 1931, chr. p. 9 — Savatier, du droit civil au droit public, 1950 — Mignon (M.) : La socialisation des risques, D. 1947, chr. p. 37 — Hubert (F.) : Socialisation des risques et responsabilité individuelle, thése, Paris, 1947 — Lavigne ( ) : Risque sociale et charges sociales, D 1948, chr. p. 89.

ودون التقيد بحصر الالتزام بالتعويض فى ذمة المسئول من ناحية أخرى[١] .

ففيما يتعلق بتأكيد حق المضرور فى التعويض دون التقيد بفكرة الخطأ، يقول فقه المسئولية الجماعية ان الخطأ يوجب المسئولية ولايمكن تجاهل الخطأ كمصدر أساسى وأول للمسئولية ، ولكن فكرة التبعة تدخلت هى الاخرى - فى نظر هذا الفقه - كمصدر احتياطى للمسئولية فى العصر الحديث[٢] .هذه التبعة تتمثل فى نظر هذا الفقه فى فكرة حراسة الشىء - التى وصفها الفقه التقليدى بأنها خطأ مفترض - فى حين أنها ليست إلا تعبيرا عن تحمل المسئول بتبعة النشاط الضار الذى أقدم عليه باختياره وحريته ، فالمسئولية هى جزاء الحرية . فمن كانت لديه الحرية فى اختيار مايسبب الضرر للغير يسأل عن تعويض هذا الضرر.وفى العصر الحديث فان من يقدم على مباشرة نشاط صناعى أو استخدام القوى الطبيعية لايمكنه حتما أن يتوقى الاضرار التى تلحق بالافراد ، فكان عليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط . وكذلك الأمر فيما يتعلق بمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه . فبينما شرعت هذه القاعدة عند صياغة التقنين المدنى الفرنسى للقول بمسئولية المتبوع عن أعمال خادمه ، فانه فى العصر الحديث ، حيث لايمكن مباشرة النشاط الا عن طريق عدد كبير من التابعين غير المعصومين من الخطأ ، فان المتبوع يكون قد باشر بارادته نشاطا من شأنه احداث ضرر بالغير فيتحمل تبعة هذا النشاط دون أن يكون هناك أى خطأ من جانب المتبوع[٣] .

---

(١) سافاتييه : تحولات القانون ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٤ وما بعدها.

(٢) سافاتييه : اعادة النظر فى مفهوم المسئولية المدنية ، المرجع السابق، فقرة ٥ - ٩

(٣) سافاتييه : المسئولية المدنية ، الطبعة الثانية ١٩٥١ ج ١ الفصل الاول والثانى من الكتاب الثانى .

هذه الاجتماعية التى تتجه اليها المسئولية المدنية اليوم تبدو أكثر تأكيدا اذا كان موضوع الضرر هو حياة الانسان أو جسمه أو كيانه. فقد تغيرت أفكار المسئولية المدنية . فى هذا الصدد ؛ تغيرا ذو شقين : أولهما زيادة قيمة الانسان فى الدائنية بالمسئولية (humanisation de le responsabilité) أو الاهتمام بالفرد وحمايته كهدف أسمى للمسئولية (personalité de la responsabilité) والشق الثانى هو الغاء الفردية من المديونية بالمسئولية أى عدم تعليق حصول المضرور على التعويض على وجود فرد مسئول (dépersonnalisation de la responsabilité) [1]

٩٢ ــ فاما عن الشق الاول وهو زيادة قيمة الانسان فى المسئوليه المدنية : فان هدف المسئولية المدنية يجب أن يكون أولا وقبل كل شىء هو حماية جسم الانسان وكيانه قبل حماية ذمته [2] ، وذلك دون أن نسمح للخطأ أو مضمون الالتزام بأن يقف عقبة فى سبيل التعويض . فالانسان يجب أن يحصل على التعويض عن أى أضرار تلحق بجسمه أو بكيانه وذلك دون اشتراط الخطأ من محدث الضرر . فالضرر وحده يكفى لاستحقاق الانسان المضرور فى جسمه أو كيانه للتعويض (dommages corporelles ou dommages des attributs humaines) ؛ فليس من قانون أو اتفاق يسمح بالاضرار بجسم الفرد أو بكيانه ، فمجرد الاعتداء يكون عملا غير مشروع يوجب التعويض [3] .

ويقدم هذا الفقه أمثلة من القضاء تؤكد الاتجاه نحو هذه الحماية

---

(١) Savatier : Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité ، Melanges Laborde Lacoste, 1963, P. 321 et S — Savatier : Le dommage et la pesonne, D. 1955, chr P. 5.

(٢) Savatier : Le dommage et la personne op. cit

(٣) ستارك المرجع السابق ص ٧٩ ومابعدها .

المضطردة للانسان[1]. ففى نطاق المسئولية العقدية أنشأ القضاء الفرنسى التزاما بسلامة الانسان (obligation de sécurité) وذلك بجعل هذه السلامة التزاما بتحقيق نتيجة ، بحيث تنعقد مسئولية المدين لمجرد وقوع الضرر بالانسان ولو كان مسلك المدين خاليا من أى خطأ . وهذا الالتزام بالسلامة بدأ بعقد نقل الاشخاص وامتد الى العقود الاخرى : فأصبح يلتزم به صاحب الفندق وأصحاب المحلات الكبيرة ومتعهدى الالعاب المسلية والحمامات العمومية . وفى نطاق المسئولية التقصيرية ، استقر القضاء الفرنسى على تعويض الضرر الادبى الناتج عن تأثر عواطف الانسان أو سمعته أو كرامته ، وهو ما يمثل حماية لكيان الانسان[2] .

ويضيفون الى ذلك التطور القضائى الهام الذى طرأ على تفسير المادة ١٣٨٤ / ١ من التقنين المدنى الفرنسى بشأن مسئولية حارس الاشياء وقيامها دون اشتراط اثبات الخطأ فى جانب محدث الضرر. وقد كان هدف القضاء من التوسع فى هذه المسئولية هو حماية الفرد من أخطار الاشياء ، وقد صدر أول حكم لمحكمة النقض الفرنسية فى هذا الشأن بمناسبة اصابة عمل[3] .

---

(١) ويقول سافاتييه ان القانون المدنى الفرنسى يهتم بالذمة قبل الفرد ، فهو يحوى ١٧٦٦ مادة تتناول الاشياء و٥١٥ مادة تهتم بالاشخاص . وهو يتكلم عن اجارة الاشخاص وعن تلف البضائع او الودائع ولا يتكلم عن اصابة الاشخاص . ولكن القضاء الحديث هو الذى اظهر قيمة الانسان كهدف يجب أن يتجه القانون الى حمايته الضرر والانسان : داللوز : ١٩٥٥ ص٥ — من القانون المدنى الى القانون العام . الطبعة الثانية ص١٦٦ وص ١٧١ .

(٢) سافاتييه : الضرر والانسان : المقال المشار اليه ص١٥

(٣) نقض فرنسى فى ١٦ يونيه ١٨٩٦ ؛ داللوز ١٨٩٧ — ٢ — ٢٨٩ ، سيرى ١٨٩٧ — ٢٧ .

ومن دلائل اتجاه القضاء ــ فى نظر هذا الفقه ــ نحو حماية الانسان أيضا ، تقرير مسئولية قائدى السيارات بقوة القانون عن الاضرار التى تلحق بالافراد دون حاجة الى اشتراط خطئهم [١] .

هذا الى جانب التشريعات المتعاقبة التى توجب التعويض عن اصابة العمل دون حاجة الى اثبات خطأ رب العمل .

وتبدو أيضا فكرة اعلاء حماية الفرد على حماية الاشياء فى اتجاه القضاء نحو عدم الاعتداد بشرط عدم المسئولية اذا كان موضوع الالتزام حياة الفرد أو كيانه . فالقضاء انتهى الى الاستحالة الاخلاقية لصحة شرط عدم المسئولية اذا كان موضوعه حياة الانسان أو سلامته ، وهذا ما يعد اليوم فى حكم المبدأ المستقر [٢] .

ويؤكد هذا الفقه أيضا سعى القضاء بشتى السبل الى ضمان تعويض الاضرار التى تلحق بمصالح الافراد وأجسامهم بعيدا عن فكرة الخطأ على أساس التبعة وحدها ؛ بما استقر عليه القضاء الادارى فى فرنسا من تقدير تعويض عن الاضرار التى تلحق بالافراد متى كان الضرر خاصا وغير عادى بالنسبة الى باقى الافراد استنادا الى فكرة التبعة كفكرة تستوعب فكرة الخطأ وتعلو عليها أو تتضمنها. وهذا الاتجاه فى نظرهم تشير اليه دلائل

---

(١) الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٢ فبراير ١٩٣٠ ، داللوز ١٩٣٠ - ١ - ٥٧ .

(٢) سافاتييه : الضرر والانسان. داللوز ١٩٥٥ ص٧ ــ ديموج : الالتزامات ج ، فقرة ١١٩٨ ــ جوسران : النقل فقرة ٩١٥ ــ مازووتنك ، المرجع السابق ج٣ فقرة ٢٥٢٩

أربعة[1]. ١) الاخذ بنظرية التبعة كقاعدة بالنسبة للاعمال العامة . فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنه متى كان من شأن عمل المرفق العام ترتيب خطر دائم يعرض الافراد لمخاطر استثنائية : فان ذلك يبرر الحكم بالتعويض على جهة الادارة في حالة تحقق حادث ضار بعيدا عن الخطأ ، بل وحتى في حالة عدم توافر شروط الخطر الاستثنائي فان مجلس الدولة الفرنسي يحكم التعويض بسبب الاخطار التي يحققها المرفق العام ، عدا حالة القوة القاهرة . ولم يقف القضاء عند هذا الحد بل تطور الى الحكم بالتعويض مع عدم وجود الخطر الاستثنائي أو الخطر العادي، استنادا الى مجرد تشغيل المرفق العام ذاته أو أدائه لوظيفته . ٢) الحكم بتعويض عن عدم تنفيذ السلطة العامة لحكم نهائي حائز لقوة الشيء المحكوم به ، ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الادارة ، كما لو كان تنفيذ الحكم من من شأنه الاخلال بالمصلحة العامة. ٣) الحكم بتعويض على جهة الادارة التشريعات الضارة بمصالح فردية ، كما في حالة صدور تشريع يحرم نشاطا اقتصاديا معينا ، طالما لم يوجد نص صريح في القانون أو الاعمال التحضيرية يحرم هذا التعويض. ٤) الحكم بتعويض للافراد الذين يعاونون طوعا من حسن سير المرافق العامة ، عن الاضرار التي تلحقهم : مثل الاصابة نتيجة المساهمة في منع حريق أو تخريب بمرفق عام ، طالما أن جهة الادارة لم تحظر هذه المعاونة ، ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الادارة أدى الى هذه الاضرار .

كل ذلك — في نظر أنصار المسئولية الجماعية — يؤكد أن الدائرة بالمسئولية تكتسب يوما بعد يوم معنى انسانيا . باعلاء قيمة الفرد وتأكيد حمايته في جسمه وكيانه . دون أن تسمح للافكار التقليدية عن الخ...

---

(١) Maxime Mignon : La socialisation du risque, D. 1947. Chr. P. 37.

والمسئولية الشخصيــة بحرمان المضرور فى جسمه أو كيانه من التعويض : وهذا هو الشق الاول .

٩٣ ـ وأما عن الشق الثانى ، وهــو الغاء الفردية من المديونيــة بالمسئولية ، فهو يعنى أن الأفكار التقليدية بنسبة المسئولية الى فرد معين يحدده الخطأ الذى كان سببا فى الضرر ، هذه الافكار لم تعد تصلح لمواجهة التطور الحديث للمجتمع . ان المدين بالمسئولية أو الملتزم بالتعويض لم يعد ذلك الفرد المخطىء ، بل هو المجتمع متمثلا فى ذمة جماعية تلتزم بالتعويض[1] . وهذا ما يتحقق عن طريق عدم التقيد بوجود ذمة فردية تسأل بالتعويض ، فهذه الذمة الفردية هى أول الابواب التى نطرقها ، فان لم يسعفنــا ذلك الباب فى تحقيق تعويض للمضرور ، فاننا نلجأ الى المتبوع ، ثم الى المؤمن من المسئولية ، أو الى التأمينات الاجتماعية أو التأمين الاجبارى ، وأخيرا الى الدولة كمسئول أخير عن تعويض الاضرار التى لاتجد ملتزما بالتعويض عنها كأخطار الحرب والكوارث الطبيعيــة[2] . فهناك سلم متدرج للالتزام بالتعويض يغطى جميع الاضرار[3] .

فالمسئولية المدنية تحولت اليوم ـ فى نظر هذا الفقه ـ الى مسئوليــة جماعية يلتزم فيها الكيان الاجتماعى بتعويض الاضرار دون التقيد بأحكام المسئولية الفردية التى شهد العصر الحديث اتجاهها نحو الانهيار[4] . وهذه

---

(١) سافاتييه : نحو اجتماعيــة المسئوليــة والتبعــات الفردية ، داللوز الاسبوعى ، ١٩٣١ ص ٩ ـ ١٢

(٢) سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص١٢٩ ـ ١٤٣

(٣) ريبير : النظام الديمقراطى ، فقرة ١٩٦ ، ص ٣٦٠ ـ ٣٦٢ .

(٤) **Genevieve Viney : Le déclin de la responsbilité individuelle, thése Paris . 1964.**

المسئوليــة الجماعية تحققت فى نظر هــذا الفقه بالوسائل غــير المباشرة والوسائل المباشرة والوسائل نصف المباشرة[1] .

فالوســائل غير المبــاشرة التى تؤدى الى اجتماعيــة المسئوليـــة
(méthodes indirec es de socialisation de la responsabilite)
هى التى تحقق هــذه الصفة عن طريق تدعيم المسئولية الفردية بتأكيــد حصول المضرور على التعويض • وتتمثل من ناحية فيما أدى اليه التوسع الصناعى والاقتصادى من انتعاش فكرة الاشخاص الاعتبارية التى تكاد تستوعب معظم النشاط فى المجتمع ، وهو ما أدى الى زوال خطر اعســار المسئول•وتتمثــل من ناحية أخرى فى ظهور نظــام التأمين من المسئولية وما استتبعه من قيام دعوى مباشرة للمضرور قبــل المؤمن ، فقــد أصبح المضرور فى هاتين الحالتين يجد أمامه الى جانب المسئول الفرد ذمة أخرى تتحمل بالتعويض بنص القانون أو بالعقد•

والى جانب هذه الوسائل المباشرة التى تؤدى الى اجتماعية المسئولية فانه خارج اطار المسئولية توجد وسائل مباشرة لتحقيق اجتماعية الالتزام بالتعويض (procédés de socialisation directe de la reparation)[2]
وهى تتمثــل أولا فى ازدهار نظام التأمين من الاضرار والتأمين على الحياة• فهذا التأمين يخلق علاقة مباشرة بين المضرور وذمة جماعيــة تحقق تعويضا يلتزم به كيان جماعى ، فيدفع عن المضرور مخاطر عجز المسئولية الفردية عن حمايته سواء لعدم توافر شرط قيامها أو لاعســار المسئول •

وتتمثل هــذه الوسائل ثانيا فى نشوء نظــام التأمينات الاجتماعيــة

---

(١) فينى : المرجع السابق ، ص ٥ ومابعدها.

(٢) نفس المرجع ، فقرة ٦

(Sécurité sociale) عام ١٩٤٦ الذى سمح للمضرور من اصابة العمل أو العجز أو المرض أو الشيخوخة بالحصول على تعويض من الكيان الاجتماعى دون التقيد بأحكام المسئولية الفردية.فهذه الوسائل المباشرة لاجتماعية الالتزام بالتعويض تلغى ذلك القيد الهام الذى تضعه المسئولية الفردية وهو تحديد شخص الملتزم بالتعويض ونسبة الضرر اليه .

والى جانب التأمين من الاضرار أو التأمينات الاجتماعية ، نشأ فى فرنسا نظام التأمين الاجبارى من حوادث السيارات (Fonds de garantie) عام ١٩٥١ الذى سمح للنصاب بالحصول على التعويض من هذا التأمين بصفة احتياطية اذا لم تسعفه قواعد المسئولية الفردية ودون حاجة الى اثبات عجز هذه المسئولية عن تحقيق التعويض له . ولذلك فهذا النوع من الالتزام بالتعويض يعد وسيلة نصف مباشرة لاجتماعية الالتزام بالتعويض (procédé de socialisation semi-directe de la reparation)[١]

٩٤ — وقد ترتب على اجتماعية المسئولية أو الالتزام بالتعويض ، على النحو السابق ، ان المسئولية الفردية لم تعد تستقل وحدها بتقرير الالتزام بتعويض الاضرار ، بل عرفت الى جانبها فى المجتمع الحديث مسئولية جماعية (responsabilite collective) تتمثل فى قيام أنظمة جماعية تلتزم بالتعويض (régimes de reparation collective) الى جانب المسئول أو بدلا منه ، وفقا لاحكام المسئولية المدنية ، أو بحكم القانون ، أو بالعقد ، فى اطار المسئولية المدنية أو خارجها ، وذلك عن طريق الدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو التأمين الاختيارى أو الاجبارى أو التأمينات الاجتماعية [٢] .

---

(١) جنفييف فينى : المرجع السابق ، فقرة ٧

(٢) اندريه تونك : مقدمة لرسالة جنفييف فينى المشار اليها : المرجع السابق

وقد ترتب أيضا على قيام هذه المسئولية الجماعية أن تعددت مصادر الالتزام بالتعويض .فبعد أن كانت المسئولية الفردية هى المصدر الوحيد للالتزام بالتعويض ، أصبحت هناك اليوم أربعة مصادر فى هذا الصدد ، هى المسئولية الفردية القائمة على الخطأ ، والمسئولية القائمة على التبعة ، والتأمين ، والتأمينات الاجتماعية ويلحق بها الضمان الاجتماعى . المصدر الاول والثانى يتعلقان بنظام المسئولية ، والثالث والرابع يخرجان عن نطاقها ويتعلقان بفكرة التضامن الاجتماعى[1] .

فالمسئولية الجماعية بهذا التصوير تعنى فى الوقائع التزام أنظمة جماعية بالتعويض سواء وفقا لاحكام المسئولية المدنية أو بنص القانون أو بالاتفاق . أما المسئولية الفردية فهى التزام محدث الضرر فى ذمته بالتعويض ، وهى لاتكون الا وفقا لاحكام المسئولية المدنية . وعلى ذلك فانه اذا كانت المسئولية الفردية تطابق المسئولية المدنية ، فان المسئولية الجماعية تمثل مسئولية المجتمع بتعويض الاضرار عن طريق الذمم الجماعية به .

هذا الالتزام بالتعويض من جانب الذمم الجماعية لايستند الى الخطأ ، بل الى أسباب أخرى موضوعية ، كالتبعة أو علاقة التبعية أو فكرة الحراسة أو الملكية أو التضامن الاجتماعى أو نص القانون أو الاتفاق . فالمسئولية الجماعية فى حقيقتها هى التزام بالتعويض ينشأ عن أحد هذه الاسباب ولا علاقة لها بالخطأ . حتى فى الفروض التى يكون فيهما أساس المسئولية الجماعية هو المسئولية المدنية كما هو الشأن فى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه . هذه الموضوعية والابتعاد عن فكرة الخطأ هى التى حدت بفقه المسئولية

(١) سافاتييه : اعادة النظر فى مفهوم المسئولية المدنية ، المرجع السابق ، فقرة ٢ وما بعدها .

الموضوعية الى تبنى نظرية المسئولية الجماعية للتدليل على انفصال الالتزام بالتعويض عن فكرة الخطأ الشخصى .

٩٥ — وتثير نظرية المسئولية الجماعية والمسئولية الفردية مشكلة التواجد المشترك بينهما (coexistance) . فقد يترتب على الضرر قيام التزام بالتعويض من جانب محدث الضرر ، مع التزام بالتعويض فى ذات الوقت من ذمة جماعية . كما هو الشأن فى التزام التأمينات الاجتماعية او المؤمن بتعويض الضرر وفقا للقانون أو عقد التأمين ، مع التزام محدث الضرر بالتعويض فى ذات الوقت وفقا لقواعد المسئولية المدنية . وكذلك الشأن فى حالة التزام الشخص الاعتبارى بالتعويض ، طبقا لقواعد المسئولية المدنية ، بصفته متبوعا مسئولا عن أعمال تابعه مع قيام مسئولية المتبوع فى ذات الوقت . ففى هذه احوال يكون هناك تواجد مشترك بين المسئولية الفردية والمسئولية الجماعية [1] .

...

هذا التواجد المشترك يثير مشكلة الخيار بين المسئوليتين مثل اختصام المضرور للفرد محدث الضرر دون الشخص الاعتبارى المسئول عنه مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، رغم التضامن بينهما . كما يثير هذا التواجد المشترك مشكلة الجمع بين المسئوليتين مثل رجوع المضرور على الفرد محدث الضرر وفقا لاحكام المسئولية المدنية مع اقتضاء التعويض الذى يرتبه له عقد التأمين على الحياة من شركة التأمين ، أو رجوع المصاب باصابة عمل على الغير محدث الاصابة الى جانب ما يتقاضاه من تعويض من التأمينات الاجتماعية . ويثير التواجد المشترك بين المسئوليتين أيضا مشكلة استبعاد احداهما للاخرى ، مثل رجوع المضرور على محدث الضرر فى حوادث السيارات وفقا لقواعد المسئولية المدنية مما لايجيز له الرجوع على صندوق

---

(١) جنفييف فينى : المرجع السابق ، ص ٧ وما بعدها

الضمان من حوادث السيارات (Fonds de garantie) . وأخيرا فان هذا التواجد المشترك يثير مشكلة رجوع الذمة الجماعية على الفرد محدث الضرر، مثل حق التأمينات الاجتماعية أو المؤمن أو المتبوع فى الرجوع على محدث الضرر بشخصه وفقا للقواعد العامة للمسئولية المدنية .

هذا التواجد المشترك بين المسئولية الجماعية والمسئولية الفردية ، أو تعدد مصادر التعويض عن الضرر ؛ أثار فى الفقه الفرنسى مناقشات هامة حول انهيار المسئولية الفردية[1] ، أو وجوب اعادة النظر فى أفكار المسئولية المدنية[2] . او تحديد طريقة فنية لاعمال هذه الانظمة المتعددة مع بعضها البعض فى تناسق يتفق واتجاه المجتمع الحديث نحو اجتماعية المسئولية .[3]

على أن الذى يعنينا من دراسة نظام المسئولية الجماعية والمسئولية

---

(١) جنفييف فينى : انهيار المسئولية الفردية ، المرجع السابق ١٩٦٤

(٢) سافاتييه : كيف نعيد النظر فى مفهوم المسئولية المدنية ، المقال المشار اليه ١٩٦٨

(٣) Rodiere = chr. à la révue trimestrielle du droit commerciale, 1965. p. 359 — Marty = Rapport au 37e congrés des avocats. Gag. Pal -15-17. sept. 1965 — P. Esmein. not D. 1965. 194 — Ch. Blaefoet = Nouvelle orientation de notre systéme de responsabilité civile, D. 1966, Chr. p. 133 — Starck = Les rayons et les ombres d'une esquise de loi sur les aceidents de circulation. Revue trimestrielle du droir civile, 1966, p. 635 — Touleman et Moore = Reflexions sur la responsabitité civile, Gaz. Pal. 25 et 26 nov. 1966 — H et L. Mazeaud = Lecons de droit civil. II, No. 1070 et S. — Savatier = La théorie des obligations, 2 éd., 1969, No. 267 - 270.

الفردية هو استظهار كيفية اعمال فكرة الردع أو العقوبة الخاصة فى ظل هذا التواجد المشترك للمسئوليتين : على النحو الذى تصوره الفقه الفرنسى فى هذا الشأن .

وهذا التواجد المشترك للمسئولية الفردية والمسئولية الجماعية دعى الفقه الى القول بأنه اذا كانت لجتماعية المسئولية من شأنها أن تؤدى الى أن كل ضرر يجب أن يجد له مسئولا أو ضامنا ، فان المدين الاخير بهذه التعويضات المتنوعة هو الهيئة الاجتماعية أو الكيان الاجتماعى[1] . هذا المبدأ قد يؤدى الى تزايد الاضرار فى المجتمع نتيجة لفقدان الشعور بالمسئولية . فالسلوك الفردى فى المجتمع قد يختلف بين فرد سيتحمل وحده بنتائج خطئه وآخر يلقى بهذا العبء على ذمة أخرى[2] .

هذا النظر نبه الفقه الذى ينادى باجتماعية المسئولية الى الهدف المزدوج للمسئولية المدنية وهو تعويض الضرر وردع الخطأ . وهذا الهدف المزدوج انفصل فى ظل المسئولية الجماعية نتيجة لأن الملتزم بالتعويض ليس هو محدث الضرر ، كما أن الذمة الجماعية اذ تلتزم بالتعويض فان هذا الالتزام لايستند الى الخطأ بل الى نص القانون أو الاتفاق[3] . فاذا كانت الانظمة الجماعية للتعويض تتكفل بهدف جبر الضرر ، فقد بقى الهدف الآخر للمسئولية ، وهو ردع الخطأ ، فى حاجة الى طريقة فنية لاعماله فى ظل المسئولية الجماعية[4] .

---

(١) سافاتييه : تحولات القانون ، المرجع السابق فقرة ٢٧٤ وما بعدها ص ٣٣٢ — سافاتييه : نحو اجتماعية المسئولية والتبعات الفردية ، المقال المشار اليه — سافاتييه من القانون المدنى الى القانون العام ص ٩١

(٢) الكس ويل : المرجع السابق ١٩٧١ : فقرة ٥٩٢

(٣) جنفييف فينى : المرجع السابق فقرة ٢١٦ — ٢٢٢

(٤) نفس المرجع : فقرة ٢٢٤ — ٢٢٥

ورغم اجماع فقه المسئولية الجماعية على وجوب ردع الخطأ ، كأساس لازدهار وتعميم هذه المسئولية . فقد تنوعت الآراء فى الوسيلة الفنية لاعمال هذا الردع وفى شرط اعماله .

ان محور أفكار فقه المسئولية الموضوعية فى وسيلة تحقيق وظيفة الردع للمسئولية المدنية مع وجود المسئولية الجماعية ، هو أن ذلك لايتم الابطريقة واحدة هى تحميل محدث الضرر بشخصه وفى ذمته الخاصة بكل أو بعض التعويض، بدلا من الذمة الجماعية ، جزاء له على خطئه.وذلك ما يتحقق بعدة طرق فى نظر هذا الفقه.فاما أن يتحددالتعويض الجماعى بطريقة جزافية ولا يصل الى التعويض الكامل ويسمح للمضرور باقتضاء الفرق بين التعويض الجزافى والتعويض الكامل من محدث الضرر ، كما هو الشأن فى نظام التأمينات الاجتماعية اذا كان المسئول من الغير[1] .واما أن يكون بحرمان المسئول جزئيا من التغطية الكاملة لمسئوليته التى تتكفل بها الذمة الجماعية ، فيتحمل بجزء من التعويض كما هو الشأن فى ترك جزء من التعويض فى حالة التأمين من المسئولية ، على عاتق المسئول المؤمن جزاء له على خطئه[2].واما أن يكون ذلك بتقرير حق الرجوع للذمة الجماعية

---

(١)نفس المرجع ، فقرة ١٢ وما بعدها

(٢)ومن الحلول التشريعية التى تتفق وهذا الراى موقف القانون السويسرى للتأمين الصادر فى ٢ ابريل ١٩٠٨ (م ١٤) الذى لم يحرم سوى التأمين من نتائج الخطأ العمد.اما اذا كان الخطأ جسيما ، فانه يجوز للمؤمن أن يخفض من التزامه بما يتناسب وجسامة الخطأ . وكذلك شرط عدم التغطية الاجبارى (clause de decouverte obligatoire) وهو شرط يحتم على المؤمن له أن يستبقى جزءا من الخطر غير مؤمن عليه لدى المؤمن أو لدى مؤمن آخر ، كالخمسين جنيها الاولى مثلا فى التأمين من المسئولية ،

على الفرد محدث الضرر ، بما تكبدته من تعويض بمناسبة خطئه .[١] واما باعطاء المسئولية الجماعية القائمة على التبعة فى اطار المسئولية المدنية الصفة الاحتياطيــة بالنسبة للمسئولية الفردية ؛ فاذا اجتمعت المسئوليتــان فان المسئولية القائمة على الخطأ هى التى يجب أن تؤخــذ فى الاعتبار[٢] .وأما بتجاوز المبلغ المؤمن به ، فى الاضرار الجسمانيــة ؛ مع تحمــل المؤمن من المسئولية بهذا الفرق بصفة عقوبة[٣].

٩٦ ــ أما عن درجة الخطأ الذى يستوجب الردع باحــدى الوسائل السابقة عند وجود نظام جماعى يلتزم بالتعويض ، فان مذهب المسئوليــة الجماعية الذى تلقفه فقه المسئولية الموضوعية التى لاتشترط الخطأ للالتزام بالتعويض، تأثر بالافكار الفلسفية لهذا الفقه . فبينما الواقع يقرر فى بعض الاحوال رجوع الذمة الجماعية على الفــرد محدث الضرر فى حالة الخطأ

=

وشرط عدم تغطية الكوارث الصغيرة (franchise) وهو شرط يقضى بعدم تغطية مقدار معين من قيمــة الضرر أو نسبة معينة من هذه القيمة.والمقصود من الشرط الاول ايجاد نوع من الحــذر والحماس لدىالمؤمن له لتفادى الخطر واتخاذ الاحتياطات لعــدم وقوعه ، والمقصود من الشرط الثانى استبعــاد الحوادث الصغيرة من نطاق التأمين (انظر بيكارد وبيسون : مطول التأمين البرى ، جـ ٢ فقرة ٥٢ ــ ٥٥ ، السنهورى : الوسيط : جـ ٧ فقرة ٧٦٤ ص ١٥٣٣)

(١)جنفييف فينى : المرجع السابق ، فقرة ٥٣ وما بعدها

(٢)سافاتييه : تحولات القانون ، المرجع السابق فقرة ٢٩٤ ص ٣٣٥ ، ويضيف سافاتييه انه يجوز فى هذه الحالة تخفيض التعويض بتضحية عادلة تتناسب مع ثروة المسئول .

(٣)ريبير : النظام الديمقراطى : المرجع السابق ، فقرة ١٩٠ ص٣٥٢

اليسير ، كما هو الشأن فى رجوع المتبوع على تابعه ، ورجوع المؤمن على المسئول بما له من حق الحلول ، ورجوع التأمينات الاجتماعيـة على الغير المسئول . ويقرر فى أحوال أخرى تقييد هذا الرجوع بدرجة معينة من الخطأ كما هو الشأن فى رجوع التأمينات الاجتماعيـة على رب العمل اذا نشأت الاصابة عن خطئه العمد ، أو رجوع المؤمن له من المسئولية اذا وقع الخطر المؤمن منه بخطأ عمد ، فان الفقـه الموضوعى ينادى بتقييد التزام الفرد محدث الضرر بالتعويض بدلا من الذمة الجماعيـة التى حددها القانون أو الاتفاق — كقاعدة عامة — بتوافر الخطأ المتميز أو الموصوف (faute qualifiée ou caracterisée) الذى يتميز عن الخطأ اليسير بدرجة معينة من الجسامة [1] . وهم يؤيدون هذا الذى ينادون به بمنطق يستمدونه من الاتجاه الحديث لافكار المسئولية بصفة عامة .

فالمشرع الحديث تخلى عن الفكرة التقليدية من أن الخطأ المـدنى من درجة واحدة بالنسبة لآثاره القانونية ، الى تعداد درجات الخطـأ وتنوع الآثار المترتبة على الخطأ بتدرج هذه الاخطاء . فالمسئولية المدنية تعرف اليوم الغش والخطأ العمد والخطأ الجسيم والخطأ الفاحش والخطأ الذى لا يغتفر والخطأ الشخصى (فى مقابلة الخطأ المصلحى أو المرفقى) وكلهـا درجات من الخطأ استعملت لتؤدى الى آثار قانونية معينة فى العلاقة ما بين المسئولية الجماعية والمسئولية الفردية ، أو بمعنى آخر لتحول المسئولية الجماعية الى مسئولية فردية . وهـذا ما يشير الى أن المشرع الحديث أعاد احياء فكرة

---

(١) سافاتييه : تحولات القانون ، المرجع السابق فقـرة ٢٨٩ ص ٣٤٨ — ريبير : النظام الديموقراطى ، فقرة ١٩٠ ص ٣٥٢ — سافاتييه : انسانيـة وعدم فردية المسئولية ، المقال المشار اليـه ، الفقرة الاخيرة — سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص ١١٨ ، ١٣٩ ، ١٤٢ — جنفييف فينى : المرجع السابق ، فقرة ٢٣٦ وما بعدها .

الذنب المدنى (culpabilité) فى صورة هـذه الانواع من الخطأ بمناسبة قيام النظم الجماعية للتعويض الى جانب أو فيما وراء المسئولية الفردية . وبعد أن كانت المسئولية الفردية لاتعرف الا نوعا واحدا من الخطأ يقاس بمقياس موضوعى مجرد ، فان المسئولية الجماعية استتبعت من المشرع الاعتداد باللوم الاخلاقى (responsabilité morale) عند تقرير مدى العبء الذى يتحمل به الفرد من التعويض فى مواجهة الذمة الجماعية التى أدت هذا التعويض الى المضرور [1].

٩٧ ــ ان ما يمكن أن نستخلصه من استعراض مذهب اجتماعية المسئولية ، هو أن العصر الحديث عرف عدة أنظمة جماعية للتعويض ، تحددها قواعدالمسئولية المدنية أو نص القانون أو الاتفاق ، تتحمل بالتعويض عن الفرد محدث الضرر ، حماية للمضرور وتأكيدا لحقه فى الحصول على تعويض لما لحقه من ضرر.هذه الانظمة الجماعية تتحمل بالتعويض لا بناء على خطأ ينسب اليها ، ولكن بناء على أسس موضوعية مثل التبعة أو علاقة التبعية أو نص قانونى ملزم أو اتفاق.ومتى تم لهـذه النظم الجماعية أداء مهمتها الاجتماعيـة بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر وتوفير الحمـاية الكاملة له فانها تكون قـد حققت الهدف الاول للمسئولية المدنية وهو هدف جبر الضرر .

ولكن لمـا كانت الهيئة الاجماعية هى التى تتحمل فى النهاية بكل هذه التعويضات ، فانه حمـاية للمجتمع ذاته من تزايد الاعباء وتزايد الاضرار نتيجة فقدان الشعور بالمسئولية لدى الافراد ، فان المسئولية الفردية لايجب أن ينتهى بها الامر الى الاختفاء تماما ، بل يجب أن تظل قائمة ــ الىجانب المسئولية الجماعية ــ تعبيرا عن الهدف الثانى للمسئولية المدنية وهو ردع

---

(١) جنفييف فينى : المرجع السابق ، فقرة ٢٤٣ ومابعدها .

الاخطاء[١] . فكلما كان هناك خطـأ من درجة معينة من الجسامة من جانب الفرد محدث الضرر أدى الى التزام النظام الجماعى باداء تعويض ، فان هذا النظـام يجب أن يكون له حق الرجـوع على الفرد محدث الضرر بهـذا التعويض بصفة عقوبة خاصة ، تأكيدا لاتجاه المشرع الحديث الى احيـاء فكرة الذنب المدنى والاعتداد بالخطأ الاخلاقى واعطائهـا دورا مؤثرا فى أحكام المسئولية المدنيـة ، بما يحقق الهدف المزدوج لها وهو جبر الضرر وردع الاخطاء المتميزة .

وعلى ذلك فانه اذا كانت المسئولية الجماعية هى وسيلة المجتمع الحديث لتحقيق وظيفة جبر الضرر ، فان المسئولية الفردية تقف بجانبهـا كوسيلة لتحقيق وظيفة ردع الخطأ الذى يبلغ درجة معينة من الجسامة .

---

(١) الكس ويل : المرجع السابق ١٩٧١ ، فقرة ٥٩٢

المبحث الثاني

تقييم نظرية ازدواج المسئولية المدنية

٩٨ — النظرية تعبر عن اتجاه فقهى منشود ٩٩ — الغاء فكرة الخطأ والشعور بالمسئولية ١٠٠ — الغاء فكرة المسئولية ١٠١ — تجريد المسئولية من وظيفة جبر الضرر ١٠٢ — واقعية النظرية فى نطاق معين .

٩٨ — ان فقه المسئولية الموضوعية اذ تبنى فكرة المسئولية الجماعية وسعى الى تعميمها فى سبيل اثبات انفصال الالتزام بالتعويض عن فكرة الخطأ ، فان هذا الفقه يعبر فى الواقع عن اتجاه فقهى يسعى الى نظام منشود أكثر منه تعبيرا عن واقع عملى ملموس . ورغم أن هذا الفقه يحاول أن يستخلص نظرية للمسئولية الجماعية من النظم القائمة أو الحديثة لفكرة التعويض ، فان هذه الافكار ليست مع ذلك ترجمة كاملة أو صادقة لنظام التعويض فى العصر الحديث .

حقا ان كل ضرر يقع على الفرد ينعكس بالتالى على الكيان الاجتماعى ، ولكن هذا الكيان الاجتماعى ليس مع ذلك فكرة قانونية تمثل ذمة عامة واحدة تتحمل بطريق مباشر بتعويض الاضرار . فما زالت نظرية القانون تعرف الذمم الاعتبارية العامة والخاصة التى تتحمل بصفة مباشرة وواقعية بعبء التعويض . فالدولة اذ تسأل عن أعمال تابعيها فان ذلك لا يكون الا بصفتها ذمة قانونية فى نظر القانون الخاص وليس بصفتها كيانا اجتماعيا . والتأمين اذ يغطى الاضرار المؤمن منها فان ذلك ليس أيضا بصفته كيانا اجتماعيا ولكنه مقابل أقساط التأمين . وكذلك الشأن فى التأمينات الاجتماعية التى تقوم على التضامن الاجتماعى مقابل أقساط معينة يدفعها العامل ورب العمل .

ومن ناحية أخرى فان هذا التعميم الذى تنحو اليه هذه النظرية لايطابق الواقع القائم. فمازال العديد من الاضرار يقع على عاتق الذمم الخاصة أو الطبيعية وفقا لاحكام المسئولية المدنية اذا لم يكن الضرر مؤمنا منه تأمينا خاصا أو اجتماعيا ، أو كان الامر يتعلق بمسئولية الشخص الاعتبارى عن أعمال تابعيه أو كان المتبوع شخصا طبيعيا .

فالمسئولية الجماعية اذن هى تعبير عن فلسفة فقه المسئولية الموضوعية فيما يجب أن يكون عليه الامر فى نظر هذا الفقه ، وليست تعبيرا كاملا عن أفكار المسئولية المدنية حتى بتطورها الحديث .

٩٩ — هـذه الافكار النظرية عن المسئولية الجماعية من شأنها — باعتراف أنصارها — الغاء فكرة الخطأ تماما وبالتالى القضاء على الشعور بالمسئولية لدى الفرد مما يؤدى الى تزايد الاضرار فى المجتمع .

فالوضع القائم للمسئولية المدنية يعطى للخطأ دورا هاما فى تحديد من يتحمل بعبء تعويض هذا الضرر. فاذا كان ثمة خطأ أدى الى الضرر فان مرتكب الخطأ يتحمل بعبء تعويض هذا الضرر . واذا لم يكن هناك خطأ تحمل المضرور بقيمة ما أصابه من ضرر . هذه القاعدة من شأنها دفع الافراد الى تفادى الاضرار جهد طاقتهم. فالفرد سيسعى جاهدا الى ضبط سلوكه حتى لايرتكب خطأ يعرضه لتعويض ما ينتج عنه من أضرار ، وهو فى مقابل ذلك سيكون حريصا أيضا على ألا يسكن الغير من الاضرار به خشية ألا يكون التعويض منصفا له ، أو أن يجد نفسه بصدد مسئول معسر أو غير ملىء يعجز عن أداء التعويض أو أن يتعرض لصعوبة فى اثبات الخطأ أو مدى الضرر تؤدى الى ضياع بعض حقوقه .

أما القول بالمسئولية الجماعية دون حاجة الى قيام الخطأ فان من شأنه القضاء على هذا الحرص بل ودفع الافراد الى ارتكاب الاخطاء أو تعريض

أموالهم للاضرار سعيا وراء تعويض مضمون لاتتهدده مخاطر اعسار المسئول أو صعوبة الاثبات •

فالخطأ كأساس للمسئولية لازال عاملا أساسيا فى التقليل من الاضرار أو تحاشيها فى المجتمع سواء من جانب المضرور أو من جانب مرتكب الفعل الضار •

١٠٠ ــ واذا كان هذا الفقه ينادى بتعميم فكرة المسئولية الجماعية فان من شأن ذلك الغاء فكرة المسئولية فى ذاتها•ذلك أن المسئولية تعنى التزام الفرد بتعويض غيره عن الاضرار التى لحقته من جراء خطئه أو فعله• ان محدث الضرر هو المسئول بالتعويض . وهذه هى القاعدة العامة • على أنه اذا حدد القانون أو الاتفاق مسئولا يتحمل من محدث الضرر بقيمة التعويض ، فان ذلك لايرفع المسئولية عن محدث الضرر ، كما هو الشأن فى نظام التأمين من المسئولية •

أما القول بالمسئولية الجماعية كقاعدة عامة فمن شأنه اعفاء محدث الضرر أو مرتكب الخطأ من المسئولية عن عمله كلية وبالتالى نخرج عن فكرة المسئولية المدنية لندخل فى نطاق نظم اجتماعية أخرى قائمة على التضامن الاجتماعى كما هو الشأن فى نظام التأمينات الاجتماعية عن مخاطر اصابات العمل • فالذمة الجماعية أو الذمة الاخرى التى تتحمل بالتعويض فى المسئولية الجماعية لاتجد أساس التزامها فى فكرة المسئولية وانما نتيجة لالتزام قانونى أو اتفاقى مقابل أقساط التأمينات الاجتماعية أو أقساط عقد التأمين •

هذه المسئولية الجماعية من شأنها الفصل التام بين التحمل بالتعويض والمسئولية عن الفعل غير المشروع•هذا الفصل بين الفكرتين ان كانت تبرره

بعض الاعتبارات الاجتماعية فى نطاق معين كما هو الشأن فى اصابات العمل أو فى التأمين من المسئولية ، ولايجد له أى مبرر فى نطاق النشاط الفردى المعتاد الذى لايخضع للتأمينات الاجتماعية أو الذى لا يغطيه التأمين الاختيارى أو الاجبارى من المسئولية.فالاضرار الناتجة عن الخطأ لن تجد سندا للالزام بالتعويض عنها الا بالالتجاء الى فكرة المسئولية المدنية .

والمسئولية المدنية تعد من الدعائم الهامة التى يستند اليها القانون المدنى فى تحقيق وظائفه الاساسية من أنه قانون يرمى الى حفظ التوازن بين النمم وحماية حقوق الافراد بعضهم قبل البعض.كما أن المسئولية المدنية هى النظام الامثل للحد من الاخطاء والاضرار ولتحديد حقوق كل من طرفى العمل الضار فى الاحوال التى لاتنظمها نصوص خاصة.

واذا كان أنصار المسئولية الجماعية يقصرون نطاق المسئولية الفرديةعلى الاضرار الناتجة عن الخطأ المتميز أى الذى يفوق فى جسامته الخطأ اليسير ، فان المسئولية الفردية فى هذه الحالة — وفق مفهوم هذه النظرية — تفترض وجود مسئولية جماعية.على أنه اذا لم تكن هناك مسئولية جماعية أصلا ، فان مؤدى ذلك قيام المسئولية الفردية ، اذ لايقبل ألا يجد المضرور من فعل غير مشروع مسئولا معينا يلتزم بتعويضه ويترتب على ذلك أن المسئولية الفردية تكون هى المسئولية الاصلية الا ما استثنى بنص قانونى خاص.

١٠١ — هذا الفقه الذى ينادى بتعميم المسئولية الجماعية ليس من شأنه الغاء فكرة الخطأ والمسئولية فحسب، بل من شأنه أيضا تجريد المسئولية من احدى وظيفتيها الاساسيتين وهى وظيفة جبر الضرر وتغليب الوظيفة الاخرى للمسئولية وهى وظيفة الردع ، مما يؤدى بنا الى العودة من جديد الى فكرة العقوبة الخاصة بمعناها القديم .

فاذا كانت القاعدة العامة ــ كما يرى هــذا الفقه ــ هى المسئوليــة الجماعية ؛ فان أساس التعويض فى هذه الحالة لن يكون الخطأ أو الفعل غير المشروع . بل يكون السبب هو نص القانون أو التضامن الاجتماعى أو العقد.حقا ان المضرور سيحصل فى جميع الاحــوال على تعويض لما لحقه من ضرر ، ولكنه لايحصل عليه فى هذه الحالة بصفة تعويض وفقا لقواعد المسئولية ولكنه يحصل على مقابل نقدى يستند الى اعتبارات أخرى غير فكرة المسئولية ، وبالتالى فان هــذا المقابل النقدى لاتحكمه فكرة جبر الضرر ، ولكن تحكمه فى المقام الاول الاعتبارات أو الاسباب التى استند اليها الالتزام بالاداء من جانب الذمة الجماعية . فان كان سبب الالتزام هو التضامن الاجتماعى كما فى نظام التأمينات الاجتماعية فان مقدار التعويض لا يرتبط بمدى الضرر ولكن باعتبارات العــدالة والتكافل الاجتماعى ، واذا كان سبب الالتزام هو عقد التأمين فان مدى التعويض الذى تتحمل به الذمة الجماعية يرتبط بالمبلغ المؤمن به فى العقد . وهذا الالغاء لوظيفــة جبر الضرر التى يتصف بها التعويض فى المسئولية المدنية ناتج عن التحول عن الخطأ والمسئولية كأساس للالتزام بالتعويض .

وفى الحالات التى تتقرر فيها المسئولية الفردية ، وفق ما يتجه اليه هذا الفقه ، فان التعويض الذى يلتزم به الفرد المسئول ستكون وظيفته الاولى هى الردع دون أى اعتبار لوظيفة جبر الضرر ، التى تكون قد تحققت بما أدته الذمة الجماعية من تعويض للمضرور ؛ اذ رجوع الذمة الجماعية على محدث الفعل الضار سيكون مرتبطا بمدى جسامة الخطأ المنسوب اليه ، وهو أمر يحتمه الفصل التام بين الوظيفتين الاساسيتين للتعويض وهى جبر الضرر وردع المسئول .

١٠٢ ــ على أن فقه المسئولية الجماعية والمسئولية الفردية ليس مع ذلك منفصلا تماما عن الامر الواقع . كما أن المثالية التى ينادى بها ليست

هى الاخرى متنافرة مع ما يمليه التطور الاجتماعى الذى ينعكس على أفكار المسئولية المدنية . فحقيقة الامر أن هناك انفصالا حقيقيا فى نطاق هام من تعويض الاضرار . بين الالتزام بالتعويض وارتكاب الفعل الضار ، بمعنى أن الذمة التى تتحمل فعلا بعبء التعويض أصبحت اليوم فى نطاق كبير هى ذمة أخرى غير ذمة الفرد محدث الضرر ، وذلك يرجع الى اعتناق المشرع لنظام التأمينات الاجتماعية والتأمين الاجبارى والى ازدهار نظام التأمين الاختيارى من المسئولية وتزايد الاشخاص الاعتبارية التى تسأل عن أعمال تابعيها والمسئولية القائمة على حراسة الاشياء أو الآلات أو الحيوان.

هذا الانفصال بين الالتزام بالتعويض وارتكاب الفعل الضار إن كان لايعد قاعدة بالصورة التى ينشدها فقه المسئولية الجماعية الا أنه يشمل من الناحية العددية النطاق الاكبر من حالات التعويض عن الفعل الضار. وفى هذا النطاق نجد أن الذمة الجماعية فى التزامها بالتعويض لا تتقيد بوظيفة جبر الضرر بل ترتبط بالسبب القانونى الذى أدى الى التزامها بعبء التعويض ، مثل مدى الاقساط فى التأمينات الاجتماعية أو المبلغ المؤمن به فى عقد التأمين من المسئولية .

وفى هذا النطاق أيضا يجب اعمال الوظيفة الثانية للتعويض وهى وظيفة ردع المسئول ، وهو ما لايكون الا عن طريق تقرير حق الرجوع للذمة الجماعية أو الذمة الاخرى على الفرد محدث الضرر ، وهذا الرجوع يجب أن يختلف فى مداه حسب جسامة الخطأ ، وهذا ما تمليه فكرة الردع فى ذاتها من حيث التأثر بمدى الذنب المدنى .

ففقه المسئولية الجماعية يواجه اذن واقعا هاما فى العصر الحديث.ولكن من زاوية واحدة للمسئولية المدنية وهى كيفية التحكم فى العلاقة بين الفرد محدث الضرر والذمة الاخرى التى تلتزم عنه بعبء التعويض بحكم القانون أو الاتفاق . وهذه المسألة تحتاج حقا من الناحية الفنية الى صياغة نظرية وعملية تحقق اعمال وظيفتى الردع وجبر الضرر للمسئولية المدنية

الفصل الرابع

نحو تأصيل جديد للوظيفة المزدوجة للتعويض

١٠٣ — تبين لنا مما تقدم أن جانبا كبيرا من الفقه يعترف بأن المسئولية المدنية تقوم فى الواقع بوظيفة مزدوجة تتمثل فى جبر الضرر من ناحية وفى ردع الخطأ المتميز فى جسامته من ناحية أخرى ، وقد تركزت المشكلة أمام الفقه فى كيفية صياغة الاعمال المشترك لهاتين الوظيفتين ، فبينما وظيفة جبر الضرر قد فرضت سلطانها على التعويض المدنى ، فان وظيفة الردع تسعى لمشاركتها دورها فى التأثير فى تقدير التعويض . وقد حاول الفقه كما رأينا صياغة وظيفة الردع فى اطار المسئولية المدنية عن طريق العقوبة الخاصة اما كجزاء مستقل متميز بأحكامه واما بتخصيصها بشق من التعويض واما بتخصيصها بنوع معين من المسئولية المدنية .

هذه المحاولات المتتالية لاتخلو من جانب كبير من الحقيقة وهى لذلك تصلح لان تكون عونا لمن يسعى الى الكشف عن صياغة مناسبة لفكرة الردع فى المسئولية المدنية .

واذا أردنا أن نقدم صياغة للردع كوظيفة ثانية للمسئولية المدنية فيجب البدء بتحديد موقف الجزاء المدنى من فكرة الردع بصفة عامة — لتلافى ذلك النقد الهام من أن القانون المدنى قانون استردادى لايعرف الردع — ثم تحديد مفهوم الردع ونطاقه فى القانون المدنى ، أو بمعنى آخر صورة

الردع الذى تقبله المسئولية المدنية ، فاذا تم لنا ذلك أمكن تحديد الوسيلة النظرية لاعمال الوظيفة المزدوجة للمسئولية المدنية من خلال التعويض •

لذلك ندرس التأصيل الجديد للوظيفة المزدوجة للتعويض فى مبحثين :

المبحث الاول : وظيفة الاصلاح ووظيفة الردع فى الجزاء المدنى •

المبحث الثانى : الوظيفة المزدوجة وخصائص التعويض •

المبحث الاول

وظيفة الاصلاح ووظيفة الردع فى الجزاء المدنى

١٠٤ — ضرورة الجزاء للقاعدة القانونية ١٠٥ — وظيفة المنع ووظيفة الردع ١٠٦ — الجزاء المدنى وفكرة الردع ١٠٧ — حاجة القانون المدنى الى الردع ١٠٨ — الردع عن طريق العقوبة الجنائية ١٠٩ — معنى الردع المدنى .

١٠٤ — هناك صفة أساسية تميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية وهى اقترانها بالجزاء (sanction)[١] . فاذا كان القانون هو مجموعة القواعد القانونية التى تهدف الى تنظيم السلوك الاجتماعى لتحقيق مصلحة اجتماعية معينة ، فان بلوغ هذه الغاية لايكون الا عن طريق حمل الافراد على اطاعة هذه القواعد جبرا عنهم ان لم يطيعوها اختيارا[٢] . لكن هذا لايعنى أن احترام القواعد القانونية قائم على أساس الاجبار فالرجوع الى الاجبار لايكون الا استثناء عند مخالفتها . اذ أن احترام هذه القواعد القانونية يتم تلقائيا[٣] . ذلك أن الصفة الغالبة للقواعد القانونية أنها تكون محل طاعة تلقائية من الافراد . لأنه لو كنا بصدد عصيان عام للقانون لكان الاجبار عديم الجدوى وانعدمت فاعلية القانون[٤] ، فالقانون جبرى (coercible) فى جوهره ، أى أنه فى حالة عدم اطاعته ، فانه يكون فى الامكان حمل الافراد على احترامه بالقوة[٥] .

---

(١) روبييه : المرجع السابق فقرة ٤

(٢) حسن كيرة : المدخل الى القانون ١٩٧٠ فقرة ١٢ — شمس الدين الوكيل : المدخل لدراسة القانون ١٩٦٢ ص ١٧ .

(٣) روبييه المرجع السابق . ص ٢٥

(٤) Dabin (Jean) = Théorie génerale du droit, 1944, No. 26.

(٥) Del Vechio (George) : Philosoph.e du droit, 1953, P.2?5

وكما أنه من المتصور أن يحترم الافراد واجباتهم والتزاماتهم بالسليقة وذلك عندما يكون الجزاء منظما على نحو يكون معه مجرد الخوف من الجزاء كافيا لرد الافراد عن محاولة الاخلال بالقانون[١] ، فانه من المتصور أيضا أن يعمد الافراد الى عدم اطاعة بعض قواعد القانون لتحقيق بعض المزايا الفردية على حساب النظام الاجتماعى[٢]، ولذلك فانه يتحتم على المشرع أن يقرن القاعدة القانونية بجزاء من شأنه اعطائها الصفة الجبرية[٣] .

وقد اتجه جانب من الفقه الى أن الجزاء ليس عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية اذ القانون هو مجموع القواعد التى تتجه نحو الاقتران بالجزاء[٤] .فالجزاء لايميز القانون[٥] ، أو أنه اذا لم يكن ملازما للقانون بصفة مطلقة ، فانه على الاقل يعد رفيقه الطبيعى[٦] . وقد تنوعت الاسباب التى يستند اليها هذا الفقه فى تبرير هذا الاتجاه ، ومنها أن القانون يكون

---

(١) بلانيول وريبير ، جا ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٩٤

(٢) Ribert (Georges) = Les forces créatrices du droit, 1955. Nos. 75 ' 128.

(٣)ولهذا يذهب بعض الفقه الى أنه يجب التمييز بين الجزاء والاجبار (دابان : المرجع السابق فقرة ٢٧ وقارن حسن كيرة : المرجع السابق فقرة ١٣) فالجزاء هو النتيجة التى يرتبها القانون على الاخلال بقاعدة قانونية (دى باسكويه . المدخل للنظرية العامة ولفلسفة القانون : ١٩٤٨ فقرة ١٩٣٥ ، بينما الاجبار هو امكان حمل الافراد على التزام التكليف الوارد بالقاعدة القانونيه ؛ دلفكيو المرجع السابق ص ٢٩٥) .

(٤) Gény : Science et technique en droit positif, t. 1, No 16 — Du Pasquier : op. cit. nos 262 et 323

(٥) Haesaert (J.) = Théorie génerale du droit 1948, p. 93

(٦) Marty et Raynaud : Droit civil, t. 1, 1956. No 178

عادة محل طاعة تلقائية ، وأن الاجبار يأتى دائما متأخرا وفى مواجهة مخالفى القاعدة القانونية ، وأن الدولة ذاتها التى تمارس الاجبار لايمكن أن تخضع للاجبار ، كما أن الفرد لايمكنه أن يمارس الاجبار تجاه الدولة ، وأن هناك بعض فروع القانون كالقانون الدستورى والقانون الدولى لاتعرف الجزاء[١] ، وأن الجزاء عندما يتحقق فى الواقع فانه يبقى شيئا خارجا عن القاعدة القانونية [٢]. ولكن أغلب الفقه يجمع على أن الجزاء عنصر مميز للقاعدة القانونية [٣]. فاذا كان القانون مما يمكن الاخلال به دون جزاء فانه يكون عديم الفائدة ، ولا يقدم سوى مثال سىء للعصيان غير المعاقب عليه[٤] ، والمشرع لايمكنه أن يركن الى ضمير الافراد لأن الاخلال بالقاعدة القانونية لايبدو فى نظر الفرد عملا غير مشروع أو تعديا على قواعد الاخلاق : فهو يعتقد أن له حقا مشروعا فى الدفاع عن نفسه تجاه مايرى فيه تعسفا من الدولة . ومن ناحية أخرى فان الاخلال المضطرد بالقانون يعود الافراد على أن مالايحترمونه ليس محترما ، وبالتالى ينهار القانون أو لا يعيش الا .. بتعديلات متلاحقة ، ومن هنا كانت ضرورة الجزاء لكفالة احترام القواعد القانونية [٥].

---

(١) انظر فى عرض هذه الافكار جيورج دلفكيو : المرجع السابق ؛ ص ٢٩٥ — ٣٠٢

(٢) Réglade : Valeur sociale et concepts juridiques, normal et technique, 1950, pp. 107 - 109.

(٣) دلفيكيو : المرجع السابق ص ٣٠١ — روبييه ، المرجع السابق فقرة ٤ — دابان : المرجع السابق فقرة ٣٢ — حسن كيرة : المرجع السابق فقرة ١٤ — شمس الدين الوكيل : المرجع السابق ص ١٧ وما بعدها .

(٤) Ripert : Les forces creatrices du droit. No. 128

(٥) Ripert : Aspects Juridiques du capitalisme moderne, 1946, No. 107.

ويجب لتأكيد احترام القاعدة القانونية أن يختار المشرع جـزاء فعالا وملائما فلا يكون هذا الجزاء متسما بالعنف أو القسوة المفرطة والا أصبحنا أمام استنكار أو مقاومة عامة للقانون [١] ، وكذلك يجب ألا يكون الجزاء هينا أو تافها لدرجة تغرى بمخالفة القاعدة القانونية بحيث تصبح قاعـدة وهمية مجردة من القيمة القانونية [٢] .

ولذلك فان الجزاء ، بصفة عامة ، يتنوع بما يتفق والهدف منه ، وهو كفالة احترام القاعدة القانونية.فهناك نوعان رئيسيان : فقـد يقف الجزاء عند حد معالجة آثار المخالفة القانونية وهذا هو العدل الاصلاحى أو الردى أو التعويضى أو المانع (Justice reparatrice, restitutive, indimnisante ou preventive) وقديكون الجزاءأشدقسوةفيتمثل فىعقوبةأى فىمعاناةتفرض على المخطىء ، ولا ترتبط بدقة بالاخلال الذى لحق بالحق المحجود ، ولكن تقـوم على اعتبـارات الامن الاجتماعى ، وهـذا هو العـدل الرادع (Justice repressive)[٣].

١٠٥ ــ فوظيفة المنع أو الاصلاح ووظيفة الردع هما جـوهر الجزاء بصفة عامة ، فهـدف الجزاء هو وضع مضمون القاعدة القانونية موضع الاحترام ، ولن يتحقق ذلك الا باتخاذ كافة السبل التى تعوق وقوع المخالفة لاحكام القاعدة القانونية وتقويم هـذه المخالفة ان وقعت وردع المخالف لتهديده وغيره وتحويلهما عن سلوك سبيل المخالفة فى المستقبل ، وبهذا المعنى فان الجزاءات المانعة أو الاصلاحية تتمثل فى تلك الجزاءات التى تحول دون

---

(١) روبييه : المرجع السابق ، فقرة ٤

(٢) جينى : المرجع السابق ، ج٢ فقرة ١٥٨ ص ٣٤٦ .

(٣) روبييه : المرجع السابق فقرة ٤ ــ وفى نفس المعنى : كلود دى باسكويه المرجع السابق فقرة ١٣٦ ــ ١٤٠ ــ مارتى ورينو : المرجـع الســابق الفقرات ٣٤ ر ١٧٩ ر ١٨٦ ــ دابان : المرجع السابق فقرة ٢٧ .

مخالفة أحكام القاعدة القانونية أو تلغى آثار هذه المخالفة ان وقعت[١] .
ولذلك فالمنع يكون سابقا على وقوع المخالفة والاصلاح لاحقا لوقوعها ،
ومن قبيل المنع السابق المعارضات مثل اعتراض الموثق على التصديق على
التوقيعات فى عقد مخالف للنظام العام[٢] ، أو اتخاذ اجراءات الحجز
التحفظى على أموال المدين لمنع الاخلال بقاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء
بديونه[٣] . ومن قبيل الاصلاح اللاحق جزاء البطلان عن التصرف المخالف
للقانون أو استرداد الشىء جبرا ممن استولى عليه بغير وجه حق ، وأخيرا
التعويض كوسيلة لاعادة الامور الى نصابها اذا تعذرت الوسائل السابقة[٤] .

فالمنع أو الاصلاح بذلك جزاء موضوعى ينصب على موضوع المخالفة
فيحول دون وقوعه أو يلغيه أو يعالج آثار المخالفة ، وهو موضوعى أيضا
لأنه ينفصل عن شخص المخالف ولا يعنى الا باعادة الامور الى نصابها أو
تقويم كل خروج على حكم القاعدة القانونية ، وبالتالى فان الجزاء المانع
أو الاصلاحى يتجرد من الظروف الذاتية للمخالف ومن العوامل النفسية
المتصلة به طالما أن هدف القاعدة القانونية يتحقق فى النهاية[٥] . واذا اعتد
الجزاء بحسن نية المخالف أو سوء نيته فان ذلك يستند الى معيار موضوعى[٦]

---

(١) دابان : المرجع السابق فقرة ٢٧ — روبييه : المرجع السابق ص ٢٨ .

(٢) روبييه : المرجع السابق ص ٣١

(٣) مارتى ورينو : المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ١٧٩

(٤) مارتى ورينـو : المرجع السابق فقرة ١٨٠ — ١٨٢ .

(٥) روبييه : المرجـع الســابق ، ص ٢٠

(٦) مثال ذلك ماتقضى به المادة ١٤٨ مدنى من انه يجب تنفيذ العقد طبقا
لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية ؛ ولا يقتصر العقـد
على الزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكنه يتناول ايضا ماهو من مستلزماته وفقا
=

ويؤخذ سوء النية كشرط لقيام الجزاء وليس عنصرا من عناصر تقديره • ويترتب على ذلك أن الجزاء المانع أو الاصلاحي يكون من درجة واحدة بالنسبة لجميع المخالفين ؛ فالبطلان أو الاسترداد أو التعويض لايتغير حسب سوء نية المخالف ، فالجزاء المانع أو الاصلاحي جزاء « عيني » لا يختلف باختلاف الظروف الذاتية للمخالفين أو حسب الباعث وراء المخالفة[1] • كما يترتب أيضا على موضوعية الجزاء المانع أو الاصلاحي ان هذا الجزاء ينتفي كلما انتفى الخروج على أحكام القاعدة القانونية أيا ما كانت درجة جسامة السلوك المخالف أو سوء النية أو الغش ، اذ الجزاء المانع أو الاصلاحي لايعني الا بنتائج المسلك المخالف دون هذا المسلك نفسه أومدى جسامته•

أما الردع فهو يستهدف شخص المخالف[2] ، اذ هو معاناة أو خسارة

=

فالقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ،ويرى الدكتور عبد الحي حجازي (النظرية العامة للالتزام جـ ٢ أحكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٤٠ ص ٥١) ان حسن النيه هنا هو فكرة موضوعية تمثل نموذجا مجردا تقاس عليه العلاقة التعاقدية ، وحسن النيه هنا يرتبط بالعناية التى يبذلها الشخص العادى ، ويستند فى ذلك الى الفقرة الاخيرة من هذه المادة والتى ذكرت العرف والعدالة وطبيعة الالتزام وهى معايير مادية ، وعلى العكس من ذلك يرى الدكتور عبد الرزاق السنهورى (الوسيط جـ ١ فقرة ٤١٣ ص ٦٢٦) أن هذا المعيار هو معيار ذاتى قوامه نية المتعاقد ، وهو يستند فى ذلك الى أن المشروع التمهيدى للقانون كان يتضمن معيارين احدهما مادى وهو عرف التعامل والاخر ذاتى وهو نية المتعاقد ، وقد حذف المعيار الاول من المشروع النهائى .

(١) قارب هيارد : الجزاءات الجنائية فى القانون الخاص • ١٩٤٦ فقرة ٢٦ .

(٢) رمسيس بهنام :النظرية العامة للقانون الجنائى ، ١٩٦٨ ، فقرة ١٧١

يتحملها الفاعل فى ثروته أو شرفه أو حياته أو حريتـه أو حرمانه من شىء يتمتع به[1] .والردع يهدف الى ايلام الفاعل لتهديده وغيره وتحويلهما عن سلوك سبيل المخالفة للقاعـدة القانونية[2] .ولأن الردع يقوم على فكرة العقاب للمخالف بذاته فانه يتميز لذلك عن الجزاء المانع أوالاصلاحى بعدة خصائص ، فالجزاء الرادع يكون لاحقا للمخالفة أو يفترض وقوعهـا ، فلا يتصور عقاب المخالف الا عن خروج على حكم القاعدة القانونية وقع فعلا، والجزاء الرادع يعتد بالظروف الشخصـية أو الذاتية للمخالف ، فيعتـد بحالته النفسـية وبحسن أو سوء نيته ، وبالعود وبالحداثة أو الكبر ، كما أن الجزاء الرادع يتأثر بمدى جسامة المخالفة ، فكلما كان الفعل فى ذاته خطيرا أو جسيما كلما استوجب ردعا أشد وبالتالى زادت حدة الجزاء[3] ، فالردع اذن يتشكل حسب الوقائع[4] .

والجزاء الرادع اذ ينصب على مسلك المخالف فانه ينفصل بالتالى عن موضوع المخالفة ذاتها فلايتقيد بدقة بالاخلال الذى لحق بالحق المجحود[5] ، ولا يعيد الامور الى نصابها[6] . بل أن هذا الجزاء اذ يعتد بمسلك الفاعل أساسا فانه يتصور توقيعه ولو لم يحقق الفعل النتيجة التى كان الفـاعل يرجوها ، فالردع عادة ما يتعلق بحماية المصلحة الاجتماعية مثل حماية الطرف

---

(١) Durkheim (Emile) = De la devision du travail social. P.9.
(الترجمة الانجليزية لجورج سميسون ١٩٢٩)

(٢) روبييه : المرجع السابق ص ٢٨

(٣) هيمارد : المرجع السابق فقرة ٦

(٤) نفس المرجع فقرة ٢٦

(٥) روبييه : المرجع السابق ص ٢٨

(٦) دابان : المرجع السابق فقرة ٢٨ — هيمارد : المرجع السابق فقرة ٦

المضرور[١] •

ويترتب على ذلك أن الجزاء الرادع يقوم أساسا على فكرتى التفريد والذاتية : فيختلف الجزاء رغم وحدة الظروف الموضوعية للمخالفة ، ومن مخالف الى آخر ، حسب ظروفه الذاتية ومدى الردع الذى يحقق له معاناة حقيقية •

١٠٦ ـ ازاء هذه الخصائص التى يتميز بها كل من الجزاء المانع أو الاصلاحى والجزاء الرادع ، فقد جرى الفقه على اسناد النوع الاول الى القانون المدنى واسناد الثانى الى القانون الجنائى[٢] ، ويبدو أن سند الفقه فى هذا الاتجاه الذى أخذ حكم التقليد المستقر ، أن القانون المدنى عادة مايوصف بأنه قانون استردادى يعيد الحال الى ما كانت عليه (droit restitutif) أو قانون حسابى (droit statistique) أو قانون التوازن بين الذمم (droit d'equilibre des patrimoins)[٣] • فهذا القانون يعنى أولا وقبل كل شىء بالمصالح الفردية ويهدف الى تقويم كل اخلال بالقواعد القانونية التى تنظم العلاقة بين الافراد ، ولذلك فانه يكتفى بمنع وقوع المخالفة لقواعده القانونية أو ازالة آثارها ان وقعت ، برد الحال الى ما كانت عليه

---

(١) مارتى وربنو : المرجع السابق فقرة ١٨٣

(٢) روبييه : المرجع السابق فقرة ٤ ـ كلوددى باسكويه : المرجع السابق ١٣٦ ـ ١٣٩ ـ مارتى وربنو : المرجع السابق فقرة ٢٤ ، ١٧٩، ١٨٣ـ دابان : المرجع السابق فقرة ٢٧ ، ٢٨ ـ جوسران : ج ٢ فقرة ٤١٠ ـ دور كهايم : المرجع السابق ص ٧٠ وما بعدها وص ١١١ ومابعدها من الترجمة الانجليزية ـ هيمارد : المرجع السابق فقرة ٨

(٣) بودان : القانون المدنى ج ٩ مكرر بمعاونة ربنيه رودبير ١٩٥٢ فقرة ١٣٧٤ ـ ستارك : المرجع السابق ص ٢٥٦ •

أو تعويض الضرر[١] ،وهو لذلك لايهتم بأفـكار الردع لأن عقاب المخالف يستوحى اعتبارات اجتماعية فى المقام الاول مما يتعلق بالقانون الجنائى[٢] .

وفى مقابل ذلك يذهب هـذا الفقه أيضا الى أن طبيعة قواعد القانون الجنائى تقوم على فكرة الردع لأن مخالفة قواعده تكون من درجة جسامة معينة تكفى للإخلال بالامن الاجتماعى . وهذا الاخلال لايمكن تداركه بعد وقوعه ، لذلك تكون الوسيلة الوحيدة لهذا القانون هى ردع المخالف لمنعه وغيره من تكرار المخالفة[٣] .

هذا التخصيص لكل من القانونين بنوع معين من الجزاء يثير عدة أسئلة هـامة ، هى معـرفة مـا اذا كان القـــانون الجنـــائى لا يعـرف الا الـردع بينمـا القـانون المـدنى لا يعـرف الا المنـع أو الاصـلاح ؟ وهل يكون الجزاء بصفة عامة رادعا وحسب أو مانعا أو اصلاحيا وحسب ، أم أن أى جزاء يجب أن يجمع بين الصفتين ؟ وهل يمكن أن تجتمع الصفتان فى جزاء واحد وتعملان معا ، أم أن أحداهما تستبعد الاخرى ؟ وهل يمكن أن تحقق احدى الوظيفتين الوظيفة الاخرى بصفة تلقائية ؟

يذهب الفقه الى أن الجزاء قد يقف عند وظيفة المنع أ والاصلاح ، وقد

---

(١) مارتى وربنو : المرجع السابق . جـ ١ فقرة ١٧٩ — روبيه . المرجع السابق فقرة ٤ .

(٢) دابان : المرجع السابق فقرة ٢٧ — ريبير . القـوى الخلاقة للقانون فقرة ١٢٨ — هيمارد : المرجع السابق فقرة ٣ . دور كهايم : المرجع السابق ص ٧٠ — ٨٥ من الترجمة الانجليزية .

(٣) روبييه المرجع السابق فقرة ٤ — دابان المرجع السابق فقرة ٢٨

يقف عند الردع[1] ، لكن هذا الفقه يفرق بين القانون الجنائى والقانون المدنى فيما يتعلق بالارتباط التلقائى بين الوظيفتين .

ففى اطار القانون الجنائى يتحقق المنع عن طريق الردع[2]، فوظيفة العقوبة العامة هى ايلام الجانى وتهديده وغيره ، وبذلك يتحقق المنع بالنسبة الى المستقبل فينصرف الجانى وغيره عن التفكير فى الجريمة[3]. فالأثر المادى للجريمة مما لايمكن تداركه حيث يكون قد تم الاخلال بالامن الاجتماعى، ولكن الخشية من توقيع العقوبة تشكل عقبة حقيقية تمنع الفاعل المستقبل من الاقدام على جريمة جديدة ، ويترتب على ذلك أنه فى اطار القانون الجنائى يمكن القول بأن الردع يحقق المنع بالنسبة الى المستقبل ولكنه لايحقق الاصلاح وازالة آثار الجريمة أو اعادة الحال الى ماكانت عليه.

أما فى اطار القانون المدنى فان جانبا من الفقه يرى أن الجزاء المدنى لايحمل معنى الردع الا اذا اقترن بالجزاء الجنائى (lex plus quam perfecta) أما الجزاء المدنى المجرد فانه لايتضمن فكرة الردع لأن المنع أو الاصلاح وحده يحقق هدف القانون المدنى (lex perfecta)[4]. ومع ذلك فيبدو أن جانبا آخر

---

(١) روبييه : المرجع السابق فقرة ٤ ص ٣٠ — دابان : المرجع السابق فقرة ٢٧ ، ص ٢٨ — ديموج : الالتزامات جـ ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٦٤ — جينى : تعليق فى سيرى ١٩٣٧ — ٢ — ٣ .

(٢) هيمارد : المرجع السابق فقرة ٦

(٣) مارتى ورينو : المرجع السابق جـ ١ فقرة ٤٥ — دابان : المرجع السابق فقرة ٢٨ .

(٤) روبييه : المرجع السابق فقرة ٤ ص ٣٠ — هيمارد : المرجع السابق فقرة ٨ — جوسران . جـ ٢ فقرة ٤١٠ .

الفقه يرى فى المنع أو الاصلاح تحقيقا للردع الذى يتمثل فى تحمل المخالف بعبء اعادة الحال الى ماكانت عليه أو بالتعويض وفى التردد قبل الاقدام على مخالفة القاعدة القانونية(١) وهو مايمكن أن يكون ردعا غير مباشر.

١٠٧ — على أن دراسة فكرة الجزاء فى القانون المدنى تشير مع ذلك الى أن هذا القانون يكون فى فروض معينة وفى نطاق محدد فى حاجة ماسة الى الردع المباشر لتأكيد احترام قواعده .

فثمة حالات لايكفى فيها الجزاء المانع أو الاصلاحى وحده لتوفير الاحترام الكافى للقاعدة القانونية (٢)، بمعنى أن الردع غير المباشر لا يفلح فى منع المخالف من تكرار المخالفة ، طالما أن سلوك المخالف لن يعرضه لخطر حقيقى(٣) .فهو اما أن يفلت بآثار المخالفة ويجنى ثمارها ، واما أن يلحقه الجزاء الاصلاحى أو الاستردادى فيعيد الامور الى نصابها ، فهو فى كلا الفرضين لن يضار شيئا مالم يكن مستفيدا من مخالفته .

وفى حالات معينة يكون مسلك المخالف مشوبا بالغش أو سوء النية فلا يكون هناك مفر من معاملته بطريقة مميزة عن المخالف الذى لم يرتكب

---

(١) دابان : المرجع السابق فقرة ٢٦ ، ٢٧ ؛ دابان : فلسفة القانون الوضعى : فقرة ١٥٥ ص ٥٣٥ ومابعدها

(٢) ريبير : القوى الخلاقة للقانون فقرة ١٢٨ ، ١٨١ — ديموج: الالتزامات جـ ٤ ففقرة ٣٨٣ ص ٤٥٢ — سافاتييه : المسئولية المدنية ،الطبعة الاولى جـ ٢ ص ١٠٣ — وقارن ستارك : المرجع السابق ص ٣٥٧

(٣) هيمارد : المرجع السابق فقرة ٧١ ، ٧٢ — ستارك : المرجع السابق ص ٣٥٧ .

غشا أو كان حسن النية [1].

بل ان عدم فاعلية الجزاء المدنى المانع أو الاصلاحى تجاه الغش أو سوء النية تنتج عن الارتباط بمدى الخروج على مضمون القاعدة القانونية أو مدى الضرر مع التجرد من الظروف الذاتية للمخالف أو مدى جسامة المخالفة ، فالقاعدة فى القانون المدنى أن الغش أو سوء النية وحده ليس محلا للجزاء ، وانما يكون محلا للجزاء ماينتج عن الفعل من ضرر للغير ، فاذا كان هذا الضرر هينا كان الجزاء بالتالى طفيفا ولو كان الفعل الضار يخفى وراءه نية خبيثه أو قصد الاضرار بالغير ، واذا اقترن الجزاء المانع بالحق فى التعويض فانه لامحل لهذا التعويض اذا لم يكن هناك ضرر [2] .

ففى جميع الفروض لايشمل المنع أو الاسترداد أو اعادة الحال الى ماكانت عليه ردعا للمخالف لأن سوء النية ليس مقياسا للجزاء المدنى ، بل مدى الضرر هو المقياس لهذا الجزاء .

واذا كان الاصلاح أو اعادة الحال الى ما كانت عليه مما يكفى الفرد الذى لحقه الضرر من الاخلال بالقاعدة القانونية ، فقد بقى فى اطار القانون المدنى نفسه ، رد الفعل الذى يحدثه الفعل غير المشروع فى الكيان الاجتماعى. ذلك أنه اذا كانت سمة القانون المعاصر هى التساوى فى المراكز القانونية للاشخاص مما يوجب أن يقتصر رد الفعل عن العمل غير المشروع على اعادة التوازن بين الذمم واعادة الحال الى ماكانت عليه ، فانه فى الاضرار الفردية البحتة ، يكون من غير المقبول اعتبار المجتمع بمثابة طرف ثالث يقف

---

(١) روبييه : المرجع السابق فقرة ٤

(٢) ريبير : القاعدة الاخلاقية ، الطبعة الرابعة ١٩٤٩ ، فقرة ١٥٨،١٥٩،١٥٨

موقف الحكم من النزاع ، فالقانون قبل كل شيء هو ظاهرة اجتماعية[1] .

فليس صحيحا أن الاضرار الفردية لاتهم الا الاطراف وحدهم ، ولكن الواقع أن الضرر بالنسبة للمجتمع هو خسارة لاتعوض ، انه ليس هناك بديل من وجهة نظر الثروة الوطنية ، لفقد الارواح الانسانية أو الانتقاص من القوى العاملة أو الاشياء المادية الهالكة لأننا لانعيد المجموع اذا أضفنا القيمة من ذمة محدث الضرر الى المضرور[2] .

وبالاضافة الى ذلك فان هناك حقيقة مسلما بها من مجموع الفقه تكفى وحدها — استقلالا عن المبررات السابقة — للقول بضرورة الردع فى اطار القانون المدنى ، وهى أن مخالفة القاعدة القانونية التى تمثل فى ذات الوقت اعتداء وتنكرا لقواعد الاخلاق يجب ألا تفلت من عقاب حقيقى للمخالف. هذه الحقيقة الهامة لاتبررها المثالية المجردة ولكنها تجد تبريرها فيما يذهب اليه القانون الوضعى من الالزام بمراعاة قواعد الاخلاق فى المعاملات وفى عدم الاضرار بالغير ، وفيما كشفت عنه التجربة الاجتماعية من أن التزام قواعد الاخلاق فيما وراء التكليف القانونى يمثل حماية كاملة للمصالح الفردية والمصلحة الاجتماعية[3] .

---

(١) دور كهايم : المرجع السابق ص ١١٣ (من الترجمة الانجليزية)

(٢) ستارك : المرجع السابق ص ٣٥٥ .

(٣) ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ٢١ ، ١١١ ومابعدها و١٥٧ ومابعدها — ريبير : القوى الخلاقة للقانون ١٩٥٥ فقرة ٦٩—٧٦ — دابان : المرجع السابق فقرة ٢٤٥ ، ٢٥١ — روبييه : المرجع السابق فقرة ٥ ص ٣٣ — ٤١ — ستارك : المرجع السابق ص ٣٥٦ — حسن كيره : المرجع السابق فقرة ١٢ .

١٠٨ — فاذا كان من المسلم به أن القانون المدنى فى حاجة الى الردع لتأكيد الاحترام الكافى لقواعده ولقواعد الاخلاق ، فان السبل تعددت بهذا القانون لتحقيق هذا الردع :ولعل أيسر هذه السبل وأقربها منالا من المشرع هو الاستعانة بالقانون الجنائى لتأكيد احترام قواعد القانون المدنى عن طريق اعتبار بعض المخالفات المدنية جرائم جنائية يعاقب عليها بعقوبة عامة[١] ، فكثيرا ما يواجه المشرع المدنى بعدم فاعلية الجزاءات المدنية أو عدم كفايتها فيلجأ الى فرض عقوبات جنائية لمجازاة قواعد القانون المدنى ، باعتبار ذلك طريقا سهلا وعمليا أصبح فى حكم العادة بالنسبة للمشرع المدنى[٢] ، وهذه

---

(١) واذا كان الفصل بين القانونين الجنائى والمدنى هو مسألة يتجه الفقه الى تأكيدها يوما بعد يوم فان ثمة اصواتا ترتفع فى الفقه بان هذا التقابل بين القانونين ليس مطلقا ، وان العلاقة بينهما ليست منقطعة تماما ، بل ان كلا من القانونين يساعد الاخر بوسائله الخاصة ، لمنع الاضرار الناتجة عن خطأ الفرد . وثمة نظريات كثيرة قامت فى الفقه لتفسر وتبرر نوعا من العلاقة بين القانونين (انظر رسالة الدكتور جلال العدوى : الاجبار القانونى على المعاوضة ١٩٦٠ ، فقرة ١٥٧ الى ١٨٣ : القانون الجنائى يتبع فروع القانون الاخرى ومنها القانون المدنى تبعية مطلقة فى راى ومقيدة فى آخر ووفقا للراى القائل بالتبعية المطلقة ، يقتضى وجود الجزاء الجنائى وجود جزاء آخر مدنى حيث يكون العقاب عن اعتداء على مصلحة فردية ؛ اما وفقا للراى القائل بالتبعية المقيدة فان وجود الجزاء الجنائى يقتضى وجود جزاء غير جنائى حيث تأتى حماية المصلحة الفردية فى المقام الاول وتأتى صيانة كيان المجتمع فى المقام الثانى . وهذه العلاقة بين القانونين تبدو مؤكدة عند انصار فكرة العقوبة الخاصة (ايجنى : المرجع السابق : المقدمة — جاكوميت : المرجع السابق — ستارك : المرجع السابق ص ٢٨٤) .

(٢) هيمارد : المرجع السابق فقرة ٧٠ ومابعدها .

الجزاءات الجنائية لا تستبعد الجزاء المدنى ولا تحل محله بل تجتمع معه [1]، وتظل لها الصفة الجنائيـة فلا تكتسب الصفة المدنية لمجرد اعمالها فى نطاق القانون الخاص [2]، فالقانون الجنائى لايتدخل بوضع جزاء لالتزامات القانون المدنى، وانما هو يضع الجزاء للالتزام الذى يفرضه هو [3].

غير أن هذه الوسيلة لاتقدم حلا كاملا لحاجة القانون المدنى الى فكرة الردع، وهى لذلك كانت محل انتقاد من الفقـه، فالدعوى الجنائية تلقى دائما شكا فى شرف المذنب، كما أن تطبيق الجزاء الجنائى يكون أحيـانا غير مؤكد بسبب تخلف الاجراءات أو بسبب احجام القاضى عن تطبيق الجزاء الجنائى لقسوته، أو عدم ثبوت القصد الجنائى أو لسبب من أسباب انقضاء الدعوى الجنائية. هذا فضلا عن أن جسامة الجزاء الجنائى من شأنها أن تؤدى الى خطر انكماش النشاط العام، ومن ناحيـة أخرى فان أثر الارهاب العـام للجزاءات الجنائية يتناقص بسبب امتدادها الى مخالفين لاينتمون الى تلك الطائفة التى يعنى بها القانون الجنائى أصلا [4]. وعادة ما تكون المخالفة المدنية المقرر لها جزاء جنائى صعبة الاثبات كجريمة جنائية بسبب حرص الاطراف على التستر عليها لاتفاق مصلحتهم فى مخالفة القانون، أو بسبب

---

(١) هيمارد: المرجع السابق فقرة ١٥، ٢٥ من ان تقرير الجزاء الجنائى فى اطار القانون المدنى لايعنى استبعاد الجزاءات العامة للقانون الخاص، فالمشرع الجنائى لايواجه الا الناحية الرادعة من الجزاءات، ولا يقرر الجزاءات الاخرى الخاصـة، فيكفى ان نبحثها طبقا للمبادىء العامة ونطبقهـــا متى توافرت شروطها، فيضاف الى الجزاء الجنائى دعوى المسئولية أو دعوى الاسترداد كما تخفض فوائد الربا الى الحد القانونى، ويجوز لحامل الشيك بدون رصيد، متى كان حسن النية، المطالبة بالتعويض.

(٢) هيمارد: المرجع السابق فقرة ٢٨ وما بعدها.

(٣) نفس المرجع فقرة ١٤

(٤) نفس المرجع فقرة ٧٦ — ٨٢

دقة نواهى القانون الجنائى وقواعد تفسيره وتطبيقه ، كما قد تفلت المخالفة المدنية من العقاب بسبب العفو العام الذى يتقرر لاسباب تتعلق بطبيعة أحكام القانون الجنائى ووظيفته فى المجتمع ولا علاقة لها باهداف القانون المدنى [1] ، وهى أسباب تؤدى كلها الى التقليل من الصفة الملزمة للقانون [2] .

وفى حالات معينة قد يكون من الافضل تدعيم الجزاء المدنى لحماية المصلحة الفردية بدلا من اللجوء الى الجزاء الجنائى الذى يهدف الى حماية المصلحة الاجتماعية قبل المصلحة الفردية ولو طبق فى اطار القانون الخاص [3] . ذلك أن القاعدة أن التمسك بالجزاء المدنى واقتضائه يتعلق بالافراد أنفسهم مما يكون دافعا لهم للكشف عن المخالفة القانونية والسعى الى تقويمها ، بعكس الجزاء الجنائى الذى يتعلق تتبعه واقتضائه بالسلطة العامة ولا يعود على الفرد المضرور من المخالفة القانونية بفائدة مباشرة أوملموسة مما قد يفقده الاهتمام بتوقيع الجزاء الجنائى .

ومع ذلك فان هذا لايعنى الرفض القاطع لأى مساعدة من القانون الجنائى للقانون الخاص . ففى فروض معينة تكون هذه المعونة نافعة ، وذلك عندما تكون مخالفة القاعدة القانونية المدنية من شأنها فى ذات الوقت أن تهدد النظام الاجتماعى مثل اصدار شيك بدون رصيد أو الربا ولكن فى غير هذا النطاق فانه الى جزاءات القانون المدنى ترجع مهمة توفير الحماية الكافية للقاعدة القانونية . فوسائل العلاج يجب أن تنصب على جزاءات القانون الخاص ذاتها لاعطائها الفاعلية [4] .

---

(١) ريبير : النواحى القانونية للرأسمالية فقرة ١٠٩ — ستارك : المرجع السابق ص ٣٥٨ و ٣٥٩ .

(٢) ريبير : القوى الخلاقة للقانون ، فقرة ١٢٨ .

(٣) هيمارد : المرجع السابق فقرة ٨١ ، ٨٢ .

(٤) هيمارد : المرجع السابق فقرة ٨٤ — ٨٧

أمام هذه الانتقادات التى لقيها تدخل القانون الجنائى لتدعيم الجزاء المدنى ، قدم الفقه كما رأينا ، وسيلة جديدة تخفف فى نظره من قسوة العقوبة العامة ، وهى التعبير عن الردع فى القانون المدنى بفكرة العقوبة الخاصة[1] ، وقد رأينا مالقيته هذه الفكرة هى الاخرى من اعتراضات من جانب الفقه التقليدى الذى أخذ عليها عدم دقة الصياغة والتعميم غير المحدد النطاق والارتباط بأفكار القانون الجنائى والارتداد بالقانون الى البدائية، ولعل مالقيه تدخل القانون الجنائى لمجازاة قواعد القانون المدنى من نقد يكشف بدوره عن حقيقة بواعث التنكر للعقوبة الخاصة كجزاء يستوحى بعض أفكار القانون الجنائى ، كما يشير الى ضرورة البحث فى كفالة الصفة المدنية الخالصة لهذه العقوبة تمهيدا لقبولها كتعبير عن وظيفة الردع فى الجزاء المدنى .

لذلك فانه ازاء فشل الوسيلتين السابقتين لايكون هناك من سبيل لادخال فكرة الردع فى القانون المدنى الا بتطهير هذه العقوبة الخاصة من أوجه النقد السابقة والتى تتضمن جانبا كبيرا من الحقيقة .

والواقع أن الامر لايتعلق كما قدمنا بجزاء جديد غريب عن جزاءات القانون الخاص ذاتها وانما بتطبيق مرن لهذه الجزاءات على نحو يستوعب وظيفة الردع ، بدلا من خلق أو استجلاب جزاءات جديدة فى اطار القانون المدنى . وهذا النظر لايعنى التنكر للفكرة الاساسية التى تقوم عليها العقوبة الخاصة وانما يعنى ضرورة ادخالها فى الجزاء المدنى ذاته لتعمل من خلاله .

---

(١) ايجنى : المرجع السابق — جاكوميت : المرجع السابق — ستارك : المرجع السابق — روبييه : المرجع السابق فقرة ٤ — دابان : المرجع السابق فقرة ٢٨ - ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٧٧ وما بعدها .

١٠٩ - فقد عرفنا مما سبق أن الردع يقوم أساساً على التفريد والذاتية ، والجزاء الجنائي يأخذ بالتفريد والذاتية بصورة كاملة وخالصة. فالعقوبة الجنائية تعتد بجسامة الفعل الجنائي وماذا كان عن قصد أو اهمال وبنتائجه وما اذا كان قد توقف عند الشروع أو تعدى ذلك الى تحقيق آثار الجريمة التي قصدها الجاني بصفة كاملة أو جزئيـة ، كما تعتد بالظروف الذاتية البحتة للجاني من حيث القصد والعود والسن والحالة الجسمانيـة وبالظروف التي وقعت فيها الجريمة . وبوجه عام فان الظروف المشددة أو المخففة تؤدي الى اختلاف العقوبة من فاعل الى آخر رغم وحدة الظروف الموضوعية للجريمة .

على أنه يمكن تصور تفريد موضوعي يقوم على الذاتية المجردة ويصلح للتطبيق فى الجزاء المدني ، فمدى جسامة الخطأ يمكن أن تؤخـذ بمقياس موضوعي مجرد فتنسب الى رجل معتاد من أوسط الناس بدلا من أن تؤخذ بالمقياس الذاتي البحت الذي يؤدي الى أن يكون ذات الفعل خطأ يسـيرا أو جسيما حسب مدى ذكاء الفاعل أو غبائه أو قدراته أو تعليمه أو سبق ارتكابه لهذا النوع من الخطأ.والجزاء المدني يمكن تفريده بدوره تفريدا موضوعيا بالتـدرج فيه داخل اطار موضوعية الجزاء بحيث يكون الجزاء الموضوعي هو الوعاء الذي يمكن أن يتحرك فيه التفريد حسب مقتضيات الردع دون أن يتجاوزه أو يخرج عن حدوده .

ان التفريد الذي نعنيه فى اطار القانون المدني هو ذلك التفريد فى مدى الجزاء والذي يقوم على قياس مجرد لمدى جسامة الفعل ، والذي يعمل من خلال الموضوعية التي يتصف بها الجزاء المدني بصفة عامة.هذا التفريد الذي يأخذ بالمعيار الموضوعي يستند الى نظرة المجتمع الى مسلك المخالف منسـوبا الى مسلك الرجل المعتـاد ، كما يقوم على أساس ردع المجتمـع للسلوك المتجاوز بما يتفق مع مدى جسامة هذا السلوك ومدى نتائجه . وبذلك فان

هذا الردع ليس عقابا للمخالف المدنى فى شخصه وليس ردعا من المضرور لمرتكب الفعل الضار للتشفى أو الانتقام منه بالصورة التى كانت تهدف اليها فكرة العقوبة الخاصة فى الشرائع القديمة أو بالشكل الذى بعثه بها الفقه من جديد ، ولكنه رد الفعل الاجتماعى بوسائل القانون المدنى للسلوك الذى يشير المعيار الاجتماعى للرجل المعتاد أو المعيار الاخلاقى الى أنه سلوك متجاوز يقتضى ردعا حقيقيا .

هذا التفريد يتطلب اذن امكان قياس مدى جسامة المخالفة والتدرج فى الجزاء وفقا لذلك. فهل تصلح كل أنواع الجزاء المدنى لاستقبال هذا الردع ؟ حقيقة الامر أنه اذا كانت أنواع الجزاء المدنى « عينية » تنصب على موضوع المخالفة وبالتالى تكون من درجة واحدة ، فان ذلك ان كان يصدق على كل أنواع الجزاء المدنى فانه لاينطبق على التعويض . فالجزاء الذى يهدف الى منع وقوع المخالفة لايتدرج من حيث مداه ، وكذلك الشأن فى اعادة الحال الى ما كانت عليه كالبطلان أو الاسترداد ، فالجزاء من درجة واحدة بالنسبة لجميع المخالفين . أما فى التعويض فانه يمكن قياس مدى الخطأ وبالتالى التدرج فى مدى التعويض وفقا لذلك ، وهذا هو نطاق وجوهر اعمال الردع فى الجزاء المدنى : امكان التدرج فى التعويض بتدرج الخطأ ، مع اعتبار الموضوعية وعاء لتدرج التعويض ومقياسا لتدرج الخطأ .

ونخلص من ذلك الى أن تهذيب فكرة العقوبة الخاصة ــ كتعبير عن الردع ــ على نحو يجعلها صالحة لاستقبال القانون المدنى لها يقتضى أن يكون اعمال هذه الفكرة مقيدا بقيود أربعة : أولها صبغها بالصبغة المدنية البحتة . ثانيا تحديد نطاقها بجزاء التعويض وحده. ثالثا اعتبارها صفة تلحق بالتعويض وتعمل من خلاله فلا تستقل تجاهه. رابعا أنها تحقق وظيفة الردع للخطأ الذى يبلغ حدا من الجسامة يمثل اعتداء على قواعد الاخلاق أو المصلحة الاجتماعية المدنية .

المبحث الثاني

الوظيفة المزدوجة وخصائص التعويض

١١٠ — رأينا أن القانون المدنى لاغنى له عن فكرة الردع لتأكيد احترام قواعده ، وان المجال الطبيعي لاعمال هـذه الوظيفة هو التعويض كجزاء للمسئولية المدنية ،حيث يمكن ملائمة مدى الجزاء حسب مدى الذنب، وان هذه الحقيقة هى فى واقع الامر سبب ذلك الجدل الذى دار فى الفقه حول وظيفة التعويض المدنى.فقد تبين للفقه ان قصر دور التعويض على الوظيفة الاصلاحية من شأنه أن يتجاهل الوظيفة الرادعة التى كشفت عنها التطبيقات التشريعية والقضائية المتعاقبة ، والتى أملتها ظروف التطور فى المجتمع واختلاف النظرة الحديثة الى المضرور والى المسئول عن تلك النظرة التى كانت سائدة فى مطلع القرن الماضى .

على أنه اذا كان ازدواج وظيفة التعويض هو حقيقة مسلم بها فى العصر الحديث ، فان استمرار الجدل الفقهى فى هـذا الشأن انما يدور الآن حول كيفية الاعمال المشترك للوظيفة المزدوجة للتعويض وليس حول مبدأ الازدواج فى ذاته .

وفى هذا الصدد يجب البدء بتحديد موقع كل من الوظيفتين من الاخرى. فحقيقة الامر أنه ازاء ارتباط الوظيفة الرادعة للتعويض بالخطأ المتميز فى جسامته فان هذه الوظيفة تكون وظيفة عارضة قد تثور وقد لا تثور حسب تحقق هذا الشرط. أما الوظيفة الاصلاحية للتعويض فهى اذ ترتبط بالضرر فانها تكون وظيفة دائمة لا يتصور أن يتخلى عنها التعويض . فالهدف الاساسى للمسئولية المدنية كان وما زال هو جبر الضرر الذى يلحق بالمضرور من فعل الغير . هـذه الوظيفة الدائمة للتعويض المدنى تعد وظيفة أصيلة لا يتخلى عنها لصالح أى هدف آخر .

وهكذا تتحدد نقطة البداية فى سبيل الوصول الى حل مشكلة الاعتبار المشترك للوظيفة المزدوجة للتعويض ، وهى أن التعويض قد يقوم بالوظيفة الاصلاحية وحدها عند تخلف الخطأ المتميز فى جسامته وهذا هو التعويض الاصلاحى ، وقد يقوم بوظيفة ثانية اضافية هى الوظيفة الرادعة عند توافر مثل هـذا الخطأ وهذا هـو التعويض الرادع . فالتعويض الاصـلاحى يؤدى اذن وظيفة جبر الضرر وحدها ، بينما التعويض الرادع يؤدى وظيفة الردع الى جانب وظيفته الاصلية فى جبر الضرر .

ومتى تحددت نقطة البـداية على هـذا النحو أمكن من بعـد معرفة الخصائص التى يحقق بها التعويض المدنى هاتين الوظيفتين. فازدواج وظيفة التعويض المدنى فى العصر الحديث أكسبه عددا من الخصائص الجـديدة يتفق بعضها مع الوظيفة الاصلاحية ويتفق بعضها الآخر مع الوظيفة الرادعة.

وندرس هذه الخصائص الجديدة للتعويض المدنى فى مطلبين :

المطلب الاول : خصائص التعويض الاصلاحى

المطلب الثانى : خصائص التعويض الرادع .

المطلب الاول

خصائص التعويض الاصلاحى

١١١ ــ كفالة التعويض بعدم التقيد باللوم الاخلاقى ١١٢ ــ كفالة التعويض بعدم التقيد بالفردية ١١٣ ــ عدالة التعويض

١١١ ــ ان مؤدى اقتصار التعويض الاصلاحى على وظيفة جبر الضرر فى العصر الحديث هو أن يكون اصلاح الضرر الذى لحق بالمضرور من فعل

الغير هدفا أسمى لاتعترضه أية عقبات مستمدة من الافكار التقليدية للمسئولية المدنية . فهذه الافكار التقليـدية كانت تقرن المسئوليـة المدنية بالقاعدة الاخلاقية من ناحية وبالفردية من ناحية أخرى .

فمن الناحية الاولى كان مظهر اقتران المسئولية المدنية بالفكرة الاخلاقية أن الضرر لايكون محـلا للتعويض الا اذا كان ناتجـا عن انحراف ملوم فى السلوك .

وقــد ترتب على ذلك أن انحصرت الاضرار القابلة للتعويض فى اطار ضيق يقصر عن حماية المضرورين ، وبالتالى كان من شأن هذا القيد الحد من انطلاق التعويض المدنى فى سبيل ادائه لوظيفته فى جبر الضرر .

فقد أظهرت ظروف الحياة فى المجتمع الحديث تزايدا فى الاضرار التى توجب النظرة الاجتماعية ، شمولها بالتعويض وخاصة الاضرار الجسمانية، بينما يختلف الامر من حيث النظرة الاخلاقيـة التقليدية . ولازالة هـذا التناقض يجب اذن التخلى عن فكرة اللوم الاخلاقى كأساس لقياس الالتزام بالتعويض مادمنا بصدد وظيفة اصلاحية بحتة للتعويض ، خاصة وأن اللوم الاخلاقى لايرتبط الا بالتعويض الرادع . وفى سبيل تحقيق ذلك فانه يكفى اذن أن يكون الفعل الضار متسما بالانحراف بالمقياس الاجتماعى دون حاجة الى اشتراط توافر اللوم الاخلاقى . وهذ ما يتحقق عن طريق تحوير مضمون فكرة الخطأ أو افتراض الخطأ أو قيام المسئولية بغير خطأ فى أحوال أخرى .

على أن هذا التوسع فى الاضرار القابلة للتعويض بهذه الصورة لايعنى اقرار التعويض حتما على أساس مجرد وقوع الضرر ، أى على أساس التبعة أو الضمان ، فهذا مبدأ لم يلقى بعد اقرارا تشريعيا كاملا يعطيه صفة المبدأ القانونى . ولكن مانعنيه من هـذا التوسع فى تعويض الاضرار هو تحرير

التعويض الاصلاحى من ذلك القيد المتعلق باللوم الاخلاقى والذى يرتبط بالوظيفة الرادعة وحدها .

١١٢ — ومن ناحية أخرى فان الافكار التقليدية للمسئولية المدنية تربط هذه المسئولية بالفردية فى الالتزام بالتعويض .فعلاقة المسئولية تنحصر فى المسئول والمضرور .وقد كان من شأن ذلك ان اعسار المسئول أو عدم ملاءته يشكل عقبة حقيقية فى سبيل حصول المضرور على التعويض المقضى به بصفة فعلية ، خاصة مع تزايد الاضرار فى عددها وفى ضخامتها، وهو مايشكل بدوره قيدا على الوظيفة الاصلاحية للتعويض .وفى سبيل التجرد من هذا القيد يجب السماح بقيام أنظمة جماعية للتعويض تتحمل بعبء التعويض الى جانب المسئول أو بدلا منه أو تقف وراءه ضمانا لحقوق المضرور كالتأمين الاختيارى أو الاجبارى من المسئولية والتأمينات الاجتماعية ومسئولية المتبوع عن أعمال تابعه . فمادمنا بصدد نظرة اجتماعية الى المضرور فان الكيان الاجتماعى يجب أن يتدخل بدور حقيقى فى سبيل وصول التعويض الى ذمة المضرور .على أن هذا لايعنى أن الكيان الاجتماعى يجب أن يتحمل بعبء التعويض كقاعدة عامة ، فيجب أن تكون المسئولية الفردية هى المبدأ القانونى السائد ، ولكن الكيان الاجتماعى يجب أن يسمح بقيام الانظمة الجماعية للتعويض أو يحتم وجودها حسب طبيعة النطاق الذى يرمى المشرع الى حماية المضرورين فيه .

ومن هذه الافكار التى أملتها ظروف الحياة فى المجتمع الحديث ، تنتج الخصيصة الاولى التى تمكن من اعمال الوظيفة الاصلاحية للتعويض وهى خصيصة كفالة التعويض .فكفالة التعويض بهذا المعنى اذن هى تحرير التعويض الاصلاحى من جانب من الافكار التقليدية للمسئولية التى كانت تشكل قيدا على أدائه لوظيفته الاصلاحية وهى الارتباط بفكرة اللوم

الاخلاقى كأساس للالتزام بالتعويض من ناحيــة والفردية فى الالتزام به من ناحيــة أخرى .

١١٣ — واذا كانت كفالة التعويض من شأنها أن تؤدى الى انطلاق التعويض فىأدائه لوظيفته الاصلاحية ، فان ثمة خصيصة ثانية فى هذا الشأن تتعلق بالمــدى الذى يجب أن يكون عليــه التعويض حتى يؤدى هــذه الوظيفة الاصلاحية .

وفى هذا الصدد أيضا نجد أن الافكار التقليدية للمسئولية قد ظهر فيها التناقض واضحا بصدد الوظيفة الاصلاحية للتعويض.فالقاعــدة التقليدية تقضى بأن جبر الضرر لايكون الا بالتعويض الكامل.هــذه القاعدة تنجت بدورها عن ارتباط المسئولية المدنية بالفكرة الاخلاقية .

فالتعويض بالمفهوم التقليدى هو جزاء الانحراف الملوم فى السلوك الذى سبب ضررا للغير ، وبالتالى يجب أن يتحمل المسئول فى ذمته بكل نتائج هــذا الانحراف أى بتعــويض كل الاضرار التى لحقت بالمضرور وذلك عن طريق التعويض الكامل.فالفكرة التى يستند اليها التعويض الكامل اذن هى أن المسئول اذ كانت لديه الحرية فى الاختيار بين الخير والشر وقــد اختار سبيل الاضرار بالغير فوجب أن يتحمل بكل نتائج مسلكه هذا جزاء نه على اعتدائه على القاعدة الاخلاقيــة.واذا كان المضرور يجنى من وراء ذلك تعويضا كاملا نتيجة لهذا المنطق ، فقد فسر الفقه التقليــدى هذا التعويض الكامل بأنه مظهر أداء التعويض لوظيفته الاصلاحيــة ولذلك بدا التناقض واضحا — فى صدد التعويض الكامل — بربط الوظيفةالاصلاحيــة بأفكار جزائية أو رادعة .

ولكن التمييز بين التعويض الاصلاحى والتعويض الرادع من شأنه أن يقضى على مثل هذا التناقض.فما دام أن مناط التعويض الرادع هو تحقق

الخطأ المتميز فى جسامته ، فان التعويض الاصلاحى على العكس من ذلك هو ذلك التعويض الذى يستند الى الفكرة الاجتماعية أو الى خلو أساس الالتزام به من اللوم الاخلاقى أو الاعتداء على القاعدة الاخلاقية. ويترتب على ذلك أنه اذا كان المضرور يستحق التعويض من وجهة النظر الاجتماعية فان مدى هذا التعويض يجب أن يتقيد هو الآخر بنفس هذا المنطق .

وفى سبيل ربط الوظيفة الاصلاحية بهذه النظرة الاجتماعية وابتعادها عن فكرة اللوم أو الجزاء فانه يجب اذن عدم التقيد بالتعويض الكامل ، بل بما يكفى لجبر الضرر من وجهة النظر الاجتماعية. ولذلك فان كفالة التعويض لأكبر عدد ممكن من المضرورين تجد ضريبتها أو مقابلها فى هجر مبدأ التعويض الكامل الى تعويض آخر لايتقيد الا بالعدالة فى مداه. فالوظيفة الاصلاحية للتعويض يكفى لتحقيقها اذن فى ظل هذه الافكار الحديثة تعويض عادل مادام أن جبر الضرر قد تحول من النظرة الجزائية والاخلاقية الى النظرة الاجتماعية . هذا التعويض العادل يجب لبلوغه سلوك كافة السبل ، وذلك عن طريق التشريع فى صورة التعويضات الجزافية أو المحددة بحد أقصى أو عن طريق الاطراف أنفسهم فى صورة التعويض الاتفاقى أو عن طريق القضاء بالاخذ فى الاعتبار بخلو أساس المسئولية من الذنب الاخلاقى أو بالتزام توصية المشرع بالأخذ بالعدالة فى التعويض ، أو بما يوجبه من استبعاد أنواع معينة من الاضرار عند تقدير التعويض .

من ذلك تنتج الخصيصة الثانية التى تمكن التعويض من القيام بوظيفته الاصلاحية بمفهومها الحديث ، وهى خصيصة عدالة التعويض . فعدالة التعويض اذن تعنى استبعاد مبدأ التعويض الكامل من التعويض الاصلاحى اكتفاء بالتعويض العادل الذى يرى فيه القانون أو الاطراف أو القضاء ما يكفى لجبر الضرر من وجهة النظر الاجتماعية فى حالة خلو أساس المسئولية من اللوم الاخلاقى .

على أن هذا التعويض العادل لايعنى التجرد من الذاتيــة بالنسبة الى المضرور ومعاملة جميع المضرورين بمعيار موحــد أو بتعويض مجــرد أو باستــبعاد أنواع معينة من الاضرار من التعويض ، فمــدى التخفيف فى التعويض لايجب أن يكون تحكميا أو صناعيا بحتا أو بالاتجاه من التعويض الكامل الى التعويض المجرد أو الموضوعى ، بل هــو يختلف من نطاق الى آخر حسب المدى الذى يراه القانون أو الاطراف أو القضاء مناســبا من الوجهة الاجتماعية والاعتبارات الاخرى المتعلقة بهــذا النطاق.وعلى ذلك فعدالة التعويض لاتلغى الذاتية بالنسبة الى المضرور فى مــدى التعويض ولا فى مدى التخفيف الذى ينزل به عن التعويض الكامل .

المطلب الثانى

خصــائص التعويض الــرادع

١١٤ ــ واذا كان التعويض الاصلاحى الذى تقتصر وظيفته على جبر الضرر عند خلو أساس المسئولية من الذنب الاخلاقى يكتسب خصيصتى الكفالة والعــدالة ، وكان من شأن اقتران أساس المسئولية بالاعتداء على القاعدة الاخلاقية اضافة وظيفة جــديدة الى التعويض هى وظيفة الردع ، فان من شأن هذه الوظيفة الجديدة ، اكساب التعويض خصيصتين جديدتين تتفقان وهذه الوظيفة الاضافية .

فاذا ما نسب الى المسئول خطأ متميز فى جسامته ينطوى على ذنب اخلاقى فيجب ردع المسئول من خلال التعويض ، بالتفرقة بين مسئول وآخر حسب جسامة الخطأ المنسوب اليهم عند تقدير التعويض .

ولما كانت الوظيفة الرادعة تعمل من خلال التعويض فلا تستقل تجاهه ولا تتجاوزه فان من شأن الوظيفة الرادعة الانتقال بالتعويض من التعويض العادل الى التعويض الكامل•ففى كل مرة ينسب الى المسئول اعتداء على القاعدة الاخلاقية تزول الاعتبارات التى دعت الى عدالة التعويض ويزول كل مبرر للتخفيف، عن المسئول من عبء التعويض ، ويرتفع التعويض الى مستوى التعويض الكامل ، فالتعويض الكامل يرتبط بالخطأ الموصوف أو المتميز فى جسامته كقاعدة عامة •

من ذلك تنتج شخصية التعويض ، كخصيصة أولى للتعويض الرادع ، بالاعتداد بشخص المسئول ومسلكه الملوم فى تقدير التعويض بالارتفاع بالتعويض من التعويض العادل الى التعويض الكامل •

١١٥ — ولكن من شأن التفرقة بين المسئولين حسب جسامة أخطائهم، التفرقة أيضا بين المضرورين ، فمن يلحقه ضرر من خطأ يسير سيتقاضى تعويضا يقل عن ذلك الذى كان يمكن أن يتقاضاه اذا كان الخطأ عمدا أو جسيما ، فما هو أساس هذه التفرقة ؟ أن المضرور من غش أو خطأ جسيم سيتقاضى ثمنا أو مقابلا لهذه الجسامة المتجاوزة فى الخطأ•حقا أنه لن يتجاوز مقدار ماأصابه منضرر أىأنه لنيتجاوز التعويضالكامل،ولكنمع ذلك يمكن القول بأن جسامة الخطأ ستحقق للمضرور فائدة معينة ، فالىأى أساس يمكن أن تستند هذه التفرقة بين المضرورين ؟

قد تبدو هذه التفرقة بين المضرورين منافية لقواعد الاخلاق•فاذا كان يحق للمضرور أن يتقاضى تعويضا من المسئول عما لحقه من ضرر ، وذلك بقدر معين يحدده القانون أو الاتفاق فان السعى وراء اثبات الغش أو الخطأ الجسيم فىجانب المسئول لرفع مقدار التعويض، يمثلثمنا يتقاضاه المضرور

من المسئول عن جسامة خطئه ، مادام أنه كان سيقنع فى الاصل ، قانونا أو اتفاقا ، بتعويض آخر أقل من ذلك فى حالة الخطأ اليسير .

ومن ناحية أخرى فان هـذه الفائدة التى يتمتع بها المضرور من خطأ جسيم أو غش قد تدفعه بشتى السبل الى اصطناع الادلة والتغاضى عن الحقيقة لاثبات أن الخطأ كان عمدا أو جسيما ، كما أنها قد تثير صعوبة فى التكييف أمام القاضى لدرجة جسامة الخطأ ، خاصة مع تعدد صور الخطأ وعدم وجود المعيار الدقيق الفاصل بين درجاته .

واضافة الى ذلك فان هذه التفرقة بين المضرورين قد تبدو مستندة الى عنصر المصادفة وصنيع القدر . فمن أصابه ضرر من غش أو خطأ جسيم ، كان أسعد حظا وأكثر تكريما من القدر عن ذلك الذى لحقه نفس الضرر نتيجة لخطأ يسير .

ولكن النظرة الشاملة الى التفرقة بين المضرورين ، تؤدى الى القول : على العكس من ذلك ، بأن هذه التفرقة تتفق وقواعد الاخلاق والعدالة . فاذا وضعنا فى اعتبارنا أن الهدف الاساسى لهذه التفرقة هو التمييز بين المسئولين حسب درجة جسامة أخطائهم وليس التفرقة بين المضرورين ، وأن ردع المسئول المخطىء بخطأ عمد أو خطأ جسيم هو الهدف الاول للقاعدة التشريعية ولم يكن من بين أهداف هذه القاعدة تحقيق ميزة أفضل لمضرور على آخر ، بل كانت هذه هى الوسيلة الوحيدة أمام المشرع طالما أن التعويض هو الجزاء الوحيد للمسئولية وعليه وحده يمكن أن تنعكس آثار الردع ، اذا وضعنا كل ذلك فى اعتبارنا فانه لا تكون هناك مخالفة لقواعد الاخلاق .

ومن جهة أخرى فان العدالة توجب هذه التفرقة بين المضرورين ، ولو كان القدر هو الذى اختار لهم درجة الخطأ الذى سبب لهم الضرر ، ذلك أن

هذا القدر هو نفسه الذى يفرق بين المسئولين حسب مقدار الضرر . فقد يرتب نفس الخطأ ضررا كبيرا أو ضررا يسيرا وقد يتلف حريق منزلا لايحتوى الا على منقولات قليلة القيمة أو بعدة آلاف من الجنيهات ، وقد ينتج عن الحادث اصابة فرد رفيع المنزلة بين قومه وأسرته أو آخر لاتوفر له ظروف السن والتعليم والوسط الاجتماعى هذه المنزلة . فالذى يحدد مدى الضرر اذن هو أيضا القدر .

وقد يقال أن المسئول يجب ان يتحمل بقدره فهو مخطىء ، بعكس المضرور فهو برىء فلا يجب أن يتحمل بتصاريف القدر فى اختيار نوع الخطأ . ولكن هذه مسألة تفلت من أى نظام قانونى . فتدخل القدر أو المصادفة فى تحديد نوع الخطأ قبل المضرور ، أو مدى الضرر قبل المسئول ، هو مسألة لايضعها القانون فى حسابه لأن القدر ليس له من قاعدة تحكمه ليؤسس عليها القانون قاعدة عامة . ولذلك فان المبدأ يجب أن يكون واحدا بالنسبة للمضرورين والمسئولين من حيث التفرقة بينهم وهذا ماتوجبه العدالة .

وثمة سببا آخر يدعو الى تبرير التفرقة بين المضرورين حسب درجة الخطأ الذى تسبب لهم فى الضرر . فالشخص اذا مالحقه ضرر نتيجة لخطأ تافه، فانه سيكون أكثر تقبلا لمشيئة القدر وأكثر استعدادا لمشاركة المسئول فى تحمل نتائج الفعل الضار ، على العكس من ذلك الذى يلحقه ضرر نتيجة لخطأ عمد . فمن يجد أن جاره قد أحرق محصوله بعد أن بلغ مرحلة الحصاد، وبعد الكثير من الجهد والنفقات . وذلك بحريق عمد أو بخطأ جسيم ، أو ذلك الذى يجد أن ضررا لحقه فى جسمه أو ماله نتيجة لرعونة حمقاء من المسئول مقرونة بتوقع الضرر ، فان شعور هذا المضرور وحالته النفسية ونظرة المجتمع اليه ستختلف ولا شك .

نحن لانقول انه ستتولد لديه رغبة فى الانتقام أو سيتملكه شعور بالتعصب

والثورة فتلك أفكار بدائية تخلصت منها البشرية وقضت عليها المدنية ، وهى ان وجدت اليوم لدى الفرد فانها لاتلقى أى صدى أو اعتبار من المجتمع أو من القانون. ولكن الفرد المضرور سيجد نفسه ضحية لظلم صارخ وسيتطلع الى المجتمع يتوقع منه رد فعل متميز لهذا الظلم. وهو سيجد صدى واستجابة من المجتمع وذلك فى صورة معاملته معاملة متميزة عن ذلك المضرور بخطأ يسير .

١١٦ — ومتى كان الاعتداد بمدى جسامة الخطأ فى تقدير التعويض يجد تبريره المقبول من وجهة النظر الاخلاقية وفى نظر العدالة والمجتمع ؛ فانه يبقى لنا تحديد كيفية تأثر التعويض بجسامة الخطأ أو بمعنى آخر ماهو المدى الذى يمكن أن ينزل اليه التعويض أو المدى الذى يمكن أن يبلغه حسب مدى جسامة الخطأ ؟

ان النطاق الذى تعمل فيه فكرة الردع أو شخصية التعويض هو المسافة مابين التعويض العادل والتعويض الكامل. وعلى ذلك فان التعويض لايكون ذو نزعة شخصية الا اذا كان ناتجا عن غش أو خطأ جسيم . أما التعويض الاصلاحى البحت أو التعويض العادل فلا يتأثر بنوع الخطأ من خطأ تافه الى خطأ يسير أو مفترض ، فكل الاخطاء المجردة من فكرة الذنب أو اللوم الادبى سواء فى الحصول على التعويض العادل المحدد قانونا أو اتفاقا أو قضاء .

ومقتضى ذلك أن الحد الاعلى للتعويض الذى يمكن أن يحصل عليه المضرور فى حالة الخطأ المتميز فى جسامته هو التعويض الكامل الذى يعادل قيمة الضرر ، والذى يشمل الضرر المادى والادبى وما فات المضرور من من كسب وما لحقه من خسارة والضرر المتوقع وغير المتوقع متى كان الضرر

نتيجة مباشرة وطبيعية للخطأ. ولايجوز بحال تجاوز التعويض الكامل ، اذ كل تجاوز للتعويض الكامل لايسانده نص فى القانون يكون اثراء غير مشروع .

فشخصيــة التعويض اذن كخصيصة أولى للتعويض الرادع تعبر عن الاعتداد باللوم الاخلاقى فى مسلك المسئول والمفارقة بينه وبين المسئــول بغير لوم أخلاقى وذلك بالزامه بتعويض كامل بدلا من التعويض العادل.

١١٧ - على أنه اذا كان المشرع يسمح أويقضى فى حالات معينــة بأن تتحمل ذمة أخرى بعبء التعويض عن محدث الضرر ، كالتأمين الاختيارى أو الاجبارى أو التأمينات الاجتماعية أو المتبوع عن تابعيه أو الدولة عن تابعيها لاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تمكينا للمضرور من الحصول على التعويض وعدم تعرضه لاعسار محدث الضرر أو عدم ملاءته أو تخفيفا عن محدث الضرر بحكم النشاط النافع الذى يؤديه فى المجتمع ، فانه بعــد أن تتحقق هذه الاغراض وتؤدى هذه الذمة الاخرى التعويض فانه مما لايتفق والوظيفة الرادعة للمسئولية أن يفلت محدث الضرر بغشه أو بخطئه الجسيم من أى جزاء ، ان فى ذلك تشجيعا لعدم المبالاة وقضاء على الشعور بالمسئولية الذى يجب أن يسود شعور الفرد فى سلوكه نحو الغير.

فكلما كانت ذمــة أخرى غير ذمة مرتكب الخطأ قــد أدت التعويض للمضرور بدلا من محدث الضرر بناء على نص القانون أو الاتفاق فحققت بذلك وظيفة جبر الضرر تجاه المضرور وبقيت الوظيفة الرادعة تجاه المسئول، وجب أن يتقرر لهذه الذمة الاخرى حق الرجوع على محدث الضرر متى كان خطؤه متميزا فى جسامته. أما اذا كان الخطأ يسيرا فان الاعتبارات التى دعت فى البداية التى تحمل الذمة الاخرى بالتعويض تظــل قائمة اذ هــذه الاعتبارات لاتزول الا أمام جسامة الخطأ .

لذلك فانه فى حـــالة توافر الخطـأ المتسـيز فى جسامتـه فى جانب محدث الضرر الذى يجد بجانبه أو ورائه نظاما جماعيا يتحمل بالتعويض ، فان التعويض الرادع فى هــذه الحالة يكتسب صفة جـديدة هى فردية التعويض . فالنظام الذى يتحمل بعبء التعويض على أساس العقد أو القانون لايتصور أن يكون محلا للردع ، بل يجب أن يوجه الردع الى محدث الضرر فى ذمته الخاصية وذلك باطلاق حق الرجوع لهذا النظام الجماعى للتعويض على محدث الضرر بهذه الزيادة فى التعويض التى تسبب فيها بخطئه المتميز فى جسامته .

وقد يتصور ــ حتى يحقق الردع وظيفته كاملة ــ اطلاق حق الرجوع للنظام الجماعى للتعويض على محدث الضرر بكامل التعويض فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم . وأيا ما كانت الحلول التشريعيـة والقضائية فى هــذا الشأن فان الاقرب الى المنطق فى هو قصر العبء الذى يتحمل به محدث الضرر فى حالة الاعتداء على القاعدة الاخلاقية على ذلك الشق من التعويض الذى تسبب فيه بخطئه الموصوف أى بالفرق بين التعويض العادل والتعويض الكامل وخاصة اذا كان هذا الفرق مما يمكن تحديده حسابيا . وهذا المنطق هو امتداد لخصيصة شخصية التعويض التى تمايز بين المسئول بخطأ يسير أو مجرد من الاعتداء على القاعدة الاخلاقية والمسئول بخطأ ينطوى على ذنب أخلاقى بالزيادة فى التعويض التى تمثل الفرق بين التعويض العادل والتعويض الكامل . ومن ناحية أخرى فانه فى كثير من الاحوال لايكون هناك مبرر لاعفاء النظام الجماعى من أى عبء من التعويض فى الوقت الذى يقتضى فيه هذا النظام الجماعى للتعويض مقابلا لهذا الالتزام فى صورة أقساط التأمين أو اشتراكات التأمينات الاجتماعية أو فى صورة الخدمات التى يجنيها المتبوع من أعمال تابعه .

خلاصـــة :

١١٨ - بدأ التعويض يمارس الوظيفة الاصلاحية من خلال الوظيفة العقابية وذلك فى ظل العقوبة الخاصة التى سادت الشرائع البدائية والقانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم • ثم بدأ التعويض يقتصر على الوظيفـة الاصلاحية فى ظل فقه الشريعة الاسلامية من ناحية وفيما انتهى اليه القانون الفرنسى القديم ، لتصبح هذه الوظيفة بطريقة حاسمة هى الوظيفة الوحيدة للتعويض بوضع التقنين المدنى الفرنسى فى مطلع القرن الماضى•

وقد كان الباعث وراء افراد التعويض المدنى بالوظيفة الاصلاحية هـو الفصل بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية من ناحيـة وتأثير الفقه الكنسى فى ربط المسئولية المدنية بالفكرة الاخلاقية من ناحية أخرى•

وقد ظل هذا المنطق مقبولا فى البداية ازاء بساطة الحياة ، وبالتالى أدى الى قيام الافكار التقليدية للمسئوليـة والتى تقيد الالتزام بالتعويض عن الاضرار باثبات الخطأ بمعناه الاخلاقى كانحراف ملوم فى السلوك من ناحية والتى تذهب من ناحية أخرى الى أن جبر الضرر لايكون الا بالتعـويض الكامل دون اعتبار لمدى جسامة الخطأ •

ولكن انطلاق النشاط الصناعى والاقتصادى وما أدى اليه من تزايد الاضرار فى المجتمع ، مع تزايد الشعور بالحاجة الى تقرير التعويض فى الكثير من الفروض التى تقصر الافكار التقليدية عن حمايتها أدى فى حقيقة الامر الى تغيير موقع المسئولية المدنية من المسئولية الاخلاقية •

فالتطابق بين المسئولية المدنية والمسئولية الاخلاقية كان من شأنه تقييد

قيام الالتزام بالتعويض باثبات الخطأ من ناحية ، ومن ناحية أخرى فانه اذا قام هذا الالتزام فان جبر الضرر لايكون الا بالتعويض الكامل الذى لايتحمله الا المسئول لانه جزاء الاعتداء على قواعد الاخلاق .

أما التغيير الذى لحق موقع كل من المسئوليتين قبل الاخرى ، فقدتمثل فى توسع المسئولية المدنية ذاتها بحيث لم تعد المسئولية الاخلاقية تطابق الا شقا منها.وقد أدى ذلك الى تصور قيام المسئولية المدنية دون لوم أخلاقى.وفى سبيل ذلك لم تعد هناك حاجة الى التعويض الكامل حيث لم يعد التعويض جزاء الاعتداء على قواعد الاخلاق.فهذا الشق من المسئولية تخلى عن القواعد التقليدية للمسئولية من حيث الارتباط بالقاعدةالاخلاقية ووجوب اثبات الخطأ أو التعويض الكامل أو الفردية فىالالتزام بالمسئولية.

أما هذا الشق من المسئولية المدنية الذى يطابق القاعدة الاخلاقية وهو قيام المسئولية على خطأ متميز فى جسامته فان الافكار التقليدية للمسئولية ظلت ملازمة له من حيث ضرورة اثبات جسامة الخطأ ومن حيث الارتباط بالقاعدة الاخلاقية ومن حيث الارتباط بالتعويض الكامل ومن حيث الفردية فى الالتزام به .

هذا التغيير فى وضع المسئوليتين المدنية والاخلاقية قبل بعضهما والذى كشف عنه تطور المدنية الحديثة ، كان هو فى واقع الامر سبب كل هذا الجدل الفقهى الكبير حول وظيفة التعويض .

وعلى ذلك ينتهى بنا الامر الى حقيقة هامة فى العصر الحديث ، هو وجود نوعين من التعويض : التعويض الاصلاحى الذى يؤدى وظيفة جبر الضرر

وحدها ويتصف بخصيصتى الكفالة والعدالة ، والتعـويض الرادع الذى يؤدى وظيفة رادعة الى جانب وظيفتـه الاصلاحيـة ويتصف بخصيصتى الشخصية والفردية.وبينما التعويض الاصلاحى يمثل النظرة الاجتماعيـة الى المضرور فان التعويض الرادع يمثل ، اضافة الى ذلك ، نظرة أخلاقيـة الى المسئول .

وفى القسم الثانى هذه الدراسة تتعرض لكيفية اعمال هذه الخصائص الجديدة فى تقدير التعويض والتى ترتبت على ازدواج وظيفـة التعويض ، وذلك من خلال التطبيقات التشريعية والقضائية فى اطار المسئولية المدنية .

القسم الثاني

تقدير التعويض

١١٩ - ترتب على ازدواج وظيفة التعويض أن أصبحت هناك اليوم نظرة اجتماعية الى المضرور يحققها التعويض الاصلاحى . وقد أدت هـذه النظرة الاجتماعية من ناحية الى عدم التقيد باللوم الاخلاقى كأساس لنشوء الحق فى التعويض ولا بالفردية فى الالتزام به ، والى عدم التقيد بالتعويض الكامل فى جبر الضرر من ناحية أخرى ، وهـذا ماعبرنا عنه بأن التعويض الاصلاحى يتصف بخصيصتى الكفالة والعدالة.

وفى مقابل ذلك أصبحت أيضا هناك نظرة أخلاقية الى المسئول يحققها التعويض الرادع ، وقد أدت هذه النظرية الاخلاقيـة الى الابقاء على فكرة اللوم الاخلاقى كأساس لنشوء الحق فى هـذا النوع من التعويض ، والى الرجوع الى فكرة التعويض الكامل من ناحية مداه ، والى الفردية من حيث الالتزام به . وهذا ما عبرنا عنـه بأن التعويض الرادع يتصف بخصيصتى الشخصية والفردية .

فالتعويض الاصلاحى بذلك يتميز عن التعويض الرادع من حيث التقدير، وذلك لاختلاف أساس كل منهما والوظيفة التى يؤديها . وهذا الاختلاف فى التقدير بين هذين النوعين من التعويض يمكن استخلاصه من تتبع هـذه الخصائص الجديدة التى يتصف بها كل نوع منهما على مستـوى كل من النظرية والتطبيق وهو ما نتناوله فى بابين :

الباب الاول : التعويض الاصـلاحى

الباب الثانى : التعـويض الـرادع

الباب الأول

التعويض الاصلاحي

١٢٠ - يؤدى التعويض الاصلاحى وظيفته الاصلاحيــة كما سبق القول عن طريق كفالة التعويض وعدالة التعويض • وفى سبيل ذلك تحرر هذا النوع من التعويض من بعض الافكار التقليدية للمسئولية التى كانت تعوق أدائه لهذه الوظيفة الاصلاحية البحتة • فتعبيرا عن كفالة التعويض حل المعيار الاجتماعى محل المعيار الاخلاقى فى قيام الوظيفة الاصلاحيــة ، كما تدخلت الجماعة الى جانب الفردية فى جبر الضرر • وتعبيرا عن عــدالة التعويض أصبح التعويض العادل كافيــا لتحقيق الوظيفــة الاصلاحيــة للتعويض بدلا من التعويض الكامل :

الفصل الاول : كفـــالة التعــويض

الفصل الثانى : عــدالة التعــويض

الفصل الأول

كفالة التعويض

١٢١ - ان الوظيفة الاصلاحية للتعويض اذ ترمى الى كفالة التعويض للمضرور ، فان ذلك لايعنى الغاء ركن الخطأ تماما من المسئولية المدنية ، فلم يبلغ التشريع والقضاء بعد ذلك المبدأ الذى ينشده فقه المسئولية الموضوعية من أن كل من سبب ضررا للغير يجب عليه تعويضه ولو لم يكن مخطئا . ولكن كفالة التعويض تعنى أن التطورات التشريعية والقضائية التى لحقت بركن الخطأ وخاصة فيما يتعلق بحماية الانسان ، وتدخل الكيان الاجتماعى فى الالتزام بالتعويض ، كان من شأنها ارساء دعائم اتجاه جديد فى التشريع والقضاء نحو تقرير التعويض لكل مضرور من فعل الغير وتأكيد حصول المضرور على هذا التعويض بصفة فعلية .

فكفالة التعويض تستخلص اذن فى العصر الحديث من الوسائل التشريعية والقضائية لحماية المضرور عن طريق التوسع فى الوقائع المنشئة للتعويض ، وعن طريق الانظمة الجماعية للتعويض :

المبحث الاول : حماية المضرور والوقائع المنشئة للتعويض

المبحث الثانى : حماية المضرور والانظمة الجماعية للتعويض

المبحث الاول

حمـاية المضرور والوقائع المنشئة للتعويض

١٢٢ ـ اقترنت المسئولية المدنية عند ارساء قواعدها فى مطلع القرن الماضى بالقاعدة الاخلاقية ، اذ قيام المسئوليـة يفترض اعتداء على النظام الاخلاقى يتمثل فى الاخلال بواجب الفرد الذى يعيش فى مجتمع[1] . ولذلك فان الفرد لايلتزم بالتعويض الا بناء على عمل ملوم صدر منه[2] . فهذه هى النتيجة المنطقية لتأثير الفقه الكنسى ولتقديس الحرية الفردية[3] ، فمحدث الضرر كانت لديه الحرية فى الاختيار بين الخير والشر ، فاذا هو اختار طريق

---

(١) سوردا : المسئولية المدنية ، الطبعة السادسة ١٩١١ ، جـ ١ فقرة ١٣ ص ٧ ـ بلانيول وريبير وبولانجييه ، جـ٢ فقرة ٩١٤ ـ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١١٢ ، ١٢١ ـ ريبير : النظام الديموقراطى ، فقرة ١٦٨ .

(٢) سافاتييه : كيف نعيد النظر فى المضمون الحالى للمسئولية المدنيـة ، دالوز سيرى : ١٩٦٨ فقرة ٤ ـ بلانيول : اساس المسئولية ، المجلة الانتقادية للقانون المدنى ١٩٠٥ ص ٢٧٩ ـ بلانيول وريبير وبولانجييه : جـ ٢ فقرة ٩١٧ وطبعة ١٩٥٢ جـ١ فقرة ٧٠٣ ـ بلانيول وريبير واسمان : جـ ٦ طبعة ١٩٥٢ فقرة ٣٧٩ ـ سافاتييه : المسئولية المدنيـة ١٩٥١ جـ ١ فقرة ٥ ـ اسمان : اساس المسئولية العقدية وتقريبها من المسئولية التقصيرية ، المجلة الانتقادية للقانون المدنى ١٩٣٣ ص ٦٢٧ ـ مازو : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٦٦٩/٢ ـ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٢١ و١٢٨ .

(٣) ديموج : الالتزامات جـ ٣ فقرة ٢٧٧ ـ دى باج : جـ ٣ الطبعة الثالثة ١٩٦٤ فقرة ٩٣٣.

الاضرار بالغير فقد تنكر لقواعد الاخلاق وانعقدت مسئوليته[1] .

وبناء على ذلك فان الاصل المسلم به فى نظر الفقـه التقليدى هـو أن المسئولية المدنية لاتقوم الا على الخطأ [2]، فهذا ماانتهى اليه القانون الفرنسى القديم ، وما تبين بجلاء من أفكار واضعى التقنين المدنى الفرنسى [3] .

وقد انعكس هذا الربط بين المسئولية المدنية والمسئولية الاخلاقية على ركن الخطأ ذاته كأساس لقيام الالتزام بالتعويض . فمحدث الضرر لايلتزم بالتعويض الا باثبات انحرافه فى السلوك انحرافا ملوما يمثل اعتـداء على قواعد الاخلاق [4] ، فالخطأ دائما فعل ملوم من الناحية الاخلاقية [5] . فاذا

---

(١) سافاتييه : المقال المشار اليه ١٩٦٨ فقرة ٢ ـ سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص ٨٢ .

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٦٤ ومابعدها ـ كولين وكابتيان : الطبعة الثامنة ج ٢ فقرة ١٨٣ ، ١٨٤ ـ بلانيول : أساس المسئولة : المجلة الانتقادية للقانون المـدنى ١٩٠٥ ص٢٧٧ وما بعدها وعام ١٩٠٦ ص ٨٠ وما بعدها ـ اندريه روست : تقرير الى المؤتمر الاول لمؤسسة هنرى كابيتان حول ضرورة الخطأ لقيام المسئولية المدنية ١٩٣٩ ، ص ٢٩٥ ومابعدها .

(٣) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٨٢و٨٣ ـ رينيه روديير : ح٩ مكرر من مطول بودان ١٩٥٢ فقـرة ١٣٨٨ ـ بلانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٤٧٦ ـ سافاتييه : المسئولية المدنيـة طبعة ثانية ١٩٥١ ج ١ فقرة ٤ ومابعدها ـ لانو : المسئولية المدنية فقرة ١٢٤ .

(٤) ريبير : القاعدة الاخلاقية ، فقـرة ١٢١ ـ اندريه روست : تقرير الى المؤتمر الاول لمؤسسة هنرى كابيتان ١٩٣٩ حول ضرورة الخطأ لقيام المسئولية المدنية ص٣٠٠

(٥) شميت : الخطأ المدنى والخطأ الجنائى، رسالة من باريس ١٩٢٨ ص٤٧

كان الضرر ناتجا عن عمد فانه لايثير صعوبة فى التعرف على الاساس الاخلاقى لالزام مرتكبه بالتعويض : اذ نية الاضرار هى فى ذاتها ذنب أخلاقى. وكذلك الامر اذا تصرف الشخص بعدم حيطته أو برعونة أو بخفة ، فانه ليس فى قواعد الاخلاق ما يبيح ذلك ، فالاضرار بالغير بانحراف فى السلوك هو فى ذاته اخلال بواجب قانونى[1] . لذلك تلاقت أفكار الفقه التقليدى على أن الخطأ كفكرة مجردة ينطوى على الذنب الاخلاقى (culpabilité)[2]

وقد نتج عن هذه النظرة الاخلاقية الى المسئولية المدنية وبالتالى الى ركن الخطأ أن المسئولية كانت تؤخذ من وجهة نظر المسئول وحده . فالمسئولية جزاء الخطأ الثابت الذى يمثل انحرافا ملوما فى السلوك .

ولكن التطور الصناعى الكبير واستخدام وسائل النقل الحديثة أظهر قصور هذه النظرة الضيقة عن حماية المضرورين . فقد تزايدت الاضرار ، وخاصة الاضرار الجسمانية ، التى يعجز فيها المضرور عن اثبات الانحراف الملوم فى السلوك فى جانب محدث الضرر ، وكان من شأن ذلك حرمان

---

(١) ريبير : النظام الديموقراطى ، ص ٣٠٥ و٣٠٦

(٢) اسمان : اساس المسئولية العقدية واقترابهما من المسئولية التقصيرية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٣ ص ٦٢٧ ومابعدها فقرة ٥ — اسمان : الخطأ ومكانه فى المسئولية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٩ ص ٤٨١ فقرة ١ و٢ و٤ — بلانيول وريبير وبولانجييه ، طبعة ثانية ج ١ فقرة ١٠٣ — بلانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٤٧٧ و٧٣٩ — سافاتييه : المسئولية المدنية ، طبعة ثانية ١٩٥١ فقرة ١٦١ — ١٦٧ — رينيه رودير : ج ٩ مكرر من مطول بودان ١٩٥٢ فقرة ١٤٠٥ — سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص ٨٢ ومابعدها — سيجير : فكرة الخطأ العقدى فى القانون المدنى الفرنسى ، رسالة من بوردو ، المقدمة وص ٦١ وما بعدها — ريبير القاعدة الاخلاقية فقرة ١٢١ — فريتيز سكريتن : الخطأ والذنب ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٤ ص ٥٩ وما بعدها .

الكثير من المضرورين من التعويض ، وبالتالى فقـدت المسئولية المدنيـة وظيفتها الاصلاحية فى المجتمع •

لذلك فقد بدأت انظرة تتحول من المسئول الى المضرور ، بتسهيل قيام حقه فى التعويض ، باعتبار أن هدف المسئولية المدنية هو جبر الضرر قبل أن يكون جزاء للخطأ •

وفى سبيل ذلك اتجهت جهود الفقـه والقضاء الى التحول شيئا فشيئا عن الفكرة التقليدية التى تجعل مناط حصول المضرور على التعويض هـو اثبات الانحراف الملوم فى السلوك فى جانب المسئول • وقد تم هذا التحول عن طريق التوسع فى مضمون الخطأ وفى افتراض الخطأ وفى قيام المسئولية بغير خطأ فى أحوال أخرى • ولم يكتفى القضاء بذلك بل اتجه الى التضييق من أسباب الاعفاء من المسئولية تأكيدا لهذا الطريق الذى اختاره فى سبيل كفالة التعويض للمضرورين فى أكبر عدد ممكن من دعاوى المسئولية :

المطلب الاول : التوسع فى مضمون فكرة الخطأ

المطلب الثانى : افتراض الخطـأ

المطلب الثالث : قيام المسئولية بغير خطأ

المطلب الرابع : التضييق من أسباب الاعفاء من المسئولية

المطلب الأول

التوسع فى مضمون فكرة الخطأ

١٢٣ - توسع القضاء الفرنسى فى فكرة الخطأ عن طريق سلطته فى تحديد الواجبات القانونية التى يعد الاخلال بها خطأ موجبا للمسئولية ، بأن أنشأ مع الزمن واجبات جديدة من شأنها حماية المضرورين ، وخاصة من الاضرار الجسمانية [١]، وكفالة التعويض لهم بشتى السبل [٢]. فقد عاد القضاء من جديد الى القاعدة الرومانية العتيقة (in leg Aquilia et culpa levissima venit) بحيث أصبح أى خطأ تافه يكفى لقيام المسئولية ، وهو بذلك خلق أخطاء جديدة [٣].

ومن ذلك أن المحاكم الفرنسية درجت - قبل العمل بقانون العمال الصادر فى ٩ ابريل ١٨٩٨ - على القول بمسئولية رب العمل عن حوادث العمل لمجرد عدم اتخاذ الاحتياطات العادية وغير العادية [٤]. كما ذهبت الى

---

(١) حسام الاهوانى ، الاضرار الناتجة عن الاصابات الجسمانية ، رسالة من باريس ١٩٦٨ ص ١١ ومابعدها .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجييه ، ج ٢ ، ١٩٤٩ ، فقرة ٩٥٧

(٣) لالو : المسئولية المدنية - فقرة ٤١٥/٣ - دى باج : ج ٢ الطبعة الثالثة ١٩٦٤ فقرة ٩٣٢

(٤) بلانيول وريبير وبولانجييه : ١٩٤٩ ج ٢ فقرة ٩٥٩ - ريبير : انتظام الديموقراطى فقرة ١٧٠ ص ٢١١

حد اعتبار الشركات التى تقوم بأعمال خطرة بطبيعتها ملزمة بحماية عمالهـا حتى من النتائج التى تترتب على اهمالهم الشخصى [1] .

وفى اطار الخطأ المهنى اتجه القضاء الفرنسى أيضا الى القول بالتزام الطبيب فى علاج مرضاه ليس فقط فى بذل العناية المعتادة وانما باعطائه العناية المناسبة والملائمة لحالته على وجه الخصوص [2] ، وهـو ما أخذت به أيضا بعض الاحكام فى مصر [3] .

كما اتجهت المحاكم الفرنسية أيضا الى أن الاخلال بالواجبات الاخلاقية يمكن أن يكون فى حد ذاته أيضا سببا لقيام المسئولية المدنية ، كما فى حالة الكذب أو الزور أو المنافسة غير المشروعة وتجاوز حدود الدفاع عن الحق فى التقاضى واعطاء استعلامات ضارة بسوء نية والامتناع عن المساعدة الممكنة فقد لايكون الفعل فى ذاته خطأ ، ولكنه يعد كذلك اذا لم يرتكب الا بقصد

---

(١) محكمة اميان فى ١٥ نوفمبر ١٨٨٣ ، سيرى ١٨٨٤ - ٢ - ٦ ، محكمة باريس فى ٢٩ مارس ١٨٨٣ ، داللوز ١٨٨٤ - ٢ - ٢٠ محكمة اورليـان فى ٢٠ ديسمبر ١٨٨٨ ، سيرى: ١٨٩٠ - ٢ - ١٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجييه : ١٩٤٩ ج٢ فقرة ٩١١

(٣) محكمة استئناف مصر فى ٢ ينـاير ١٩٣٦ من انه وبالنسبة للاطباء الاخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم ؛ وجعلهم مسئولين عن اى خطأ ولو كان يسيرا ، خصوصا اذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ؛ لان واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الاهمال فى المعالجة (مجلة المحاماة س١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣) - وفى نفس المعنى سليمان مرقس : الفعل الضار فقرة ٤٤ .

الاضرار بالغير [١]، وهذا ماسار عليه القضاء المصرى أيضا [٢].

كما امتد التوسع القضائي فى هذا الشأن أيضا الى الالتجاء الى قرائن الاحوال لتقرير وجود الخطأ[٣] ، فاعتبر أن بعض الحوادث يحمل فى ذاته دليل حصوله بخطأ المتسبب فيه[٤] ، كحوادث تصادم القطارات أو خروج أحدهما عن الخط الحديدى أو سقوط أحد الركاب من باب أحد دواوين عربة السكة الحديدية [٥]،وهو مادرج عليه القضاء فى مصر فى ظل التقنينين المدنى القديم والجديد . [٦]

١٢٤ ـ كذلك توسعت المحاكم فى تحديد الواجبات القانونيـة التى

---

(١) سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص ٩٥ ـ ١٠٤

(٢) انظر السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٥٤٩ والاحكام العديدة المشار اليها فى الهوامش ص ٩٣٥ ـ ٩٣٧ من الطبعة الثانية ، وفقرة ٥٥١ وهوامش ص ٩٤١ ـ ٩٤٦ من الطبعةالثانية.

(٣) سليمان مرقس : فى نظرية دفع المسئوليةالمدنية ، رسالة من القاهرة ١٩٣٦ ص ٣٤ وما بعدها .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجييه ، ج ٢ فقرة ١٠٤٧ ـ مازووتتك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٨٨ ومابعدها .

(٥) سليمان مرقس: فى نظرية دفع المسئولية المدنية ١٩٣٦ ص٣٤ وص٦٣ـ سليمان مرقس : المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ١٩٧١ ، فقرة ٤٣ جوسران : ج٢ فقرة ٤/٤٦٨ ـ محكمة جرينبول فى ١٧ مايو ١٨٩٢ : دالloz ١٨٩٢ ـ ٢ ـ ٩٢٤.

(٦) سليمان مرقس : فى نظرية دفع المسئولية المدنية ، المرجع المشار اليه ص ٣٥ ـ محمد لبيب شنب : المسئوليـة عن الاشياء ، رسالة من القاهرة ١٩٥٧ فقرة ١٣ ص١٦.

تقيد استعمال مختلف الحقوق بحيث يعد صاحب الحق مخطئا اذا لم يراعى في استعمال حقه تلك الواجبات .

وقد كانت هذه القيود تفرض في البداية على استعمال الرخص كحرية القول وحرية الاتجار وحرية استعمال الطريق العام ، فيجب على الشخص أن يتخذ الحيطة اللازمة في استعماله الرخصة لعدم الاضرار بالغير . أما الحقوق ، كحق الملكية وحق الدعوى ، فلا تترتب المسئولية متى استعملت دون مجاوزة لحدودها[1] .

ولكن قصر الخطأ الموجب للمسئولية المدنية على التقصير في اتخاذ الحيطة اللازمة في استعمال الرخص ، والتجاوز في استعمال الحق ، لم يعد يكفي بدوره للتمشي مع هذا الاتجاه نحو التوسع في المسئولية وتسهيل حصول المضرور على التعويض فبدأ القضاء في التوسع في مضمون الخطأ عن طريق خلق صورة ثالثة تتمثل في اعتبار الشخص مسئولا عما يسببه استعمال حقه من ضرر للغير ، وذلك بفرض قيود على استعمال الحق وواجبات على من يستعمله بحيث يعتبر الشخص مخطئا اذا أخل بهذه الواجبات أو جاوز تلك القيود[2] .

وكان انطلاق القضاء الفرنسي في هذا السبيل يجد له سندا هاما من نظرية التعسف في استعمال الحق ، تلك النظرية التي أعاد الفقه احياءها منذ

---

(١) حسين عامر : التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ، ١٩٦٠ . فقرة ٨٨ وما بعدها .

(٢) السنهوري : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٥٦ وما بعدها .

أواخر القرن التاسع عشر لتأكيد وتدعيم هذ الاتجاه القضائي نحو التوسع فى الخطأ • وقد أخذت المحاكم الفرنسية بمختلف المعايير التى قال بها أنصار هذه النظرية لتحديد التجاوز فى استعمال الحق فاكتفت تارة بقصد الاضرار وتارة بانتفاء المصلحة فى استعمال الحق ، وتارة بالاستعمال غير الطبيعى للحق ، وتارة بعدم مطابقة الباعث لاستعمال الحق للغرض الاجتماعى الذى وجدالحق من أجله• وقد طبقت المحاكم الفرنسية هــذه المعايير فى استعمال حق الملكية وحق السلطة الابوية وحق التقاضى وحق الطــلاق وحق فسخ الخطبة وحق رب العمل فى فسخ عقد العمل •

وكذلك أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد بنظرية التعسف فىاستعمال الحق فىالمادتين ٤ ، ٥ فقرر أن استعمال الحق يكون قد جائز اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير أو اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقهـا قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغــير من ضرر بسببها أو اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة •

١٢٥ ـ كذلك جاء التوسع فى مضمون الخطأ من ناحيــة أخرى عن طريق انشاء التزام بالســلامة فى بعض العقود (obligation de sécurité)(١)

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية جا فقرة ٩٠، ١٥١، ١٦٣ ـ لالو : المسئولية المدنية فقرة ٤٥٢ ، ٤٥٣ ـ سافاتييه : المسئولية المدنية الطبعة الثانية ١٩٥١ ج ١ فقرة ١٣٣ وما بعــدها ـ بلانيول وريبير وبولانجييه : ج٢ ، ١٩٤٩ ، فقرة ٩٥٨ ـ ريبير : النظــام الديمقراطى ص ٢١٠ ـ ٢١٥ ـ السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٤٥٦ ـ حسين عامر : المسئولية المدنية ١٩٥٦ فقرة ١٢٦ وما بعدها ـ سليمان مرقس : المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ، المرجع السابق فقرة ٢٠ ص ٤١ وما بعدها .

بقصد حماية الانسان فى جسمه وفى حياته[1] ، فألزم القضاء أحد المتعاقدين ، خارج اطار الالتزامات التى يرتبها العقد الذى يربط الطرفين ، بتبعة المخاطر التى تنتج من تنفيـذ الالتزام ، وخاصة فى عقـد نقل الاشخاص . وبذلك استبدل القضاء المسئولية التقصيرية بمسئولية عقـدية [2] وخلق نوعا من التأمين لم يفرضه القانون [3] .

ومن ذلك القول بمسئولية أمين نقـل الاشخاص عن تعويض الاضرار التى تلحق بالمسافر أثناء النقل ولو لم يكن هناك اخلال منه بالتزام فرضه القانون أو العقد باعتبار أن وصول المسافر سـالما يعد التزاما بنتيجة وليس التزاما ببذل عناية [4] ، وهو ما درجت عليه محكمة النقض الفرنسية منـذ

---

(١) سافاتييه : انسانية وعـدم شخصية المسئولية المدنيـة ، دراسات مهداة الى لابورد لاكوست ١٩٦٣ ص ٣٢١ ومابعدها - سافاتييه : كيف نعيد النظر فى المفهـوم الحالى للمسئولية المدنيـة ، داللوز سيرى : ١٩٦٨ المقال المشار اليه .

(٢) هنرى مازو : المسئولية العقدية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٣ ص ٦٢٩ وما بعدها - سافاتييه : القواعد العامة للمسئولية المدنية ، المجلة الانتقادية للقانون المدنى ١٩٣٤ فقرة ٢٩ ص ٣٦ - لالو : التزام احد المتعاقدين بصحة وسلامة الطرف الآخر ، داللوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ٣٧ وما بعدها - لالو : تعليق فى داللوز ١٩٣٣ -٢- ١٣٥ .

(٣) ريبير : النظام الديموقراطى فقرة ١٧٠ ص ٣١١ .

(٤) جوسران : النقل ، طبعة ثانية فقرة ٨٦٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه : ج ٢ ، ١٩٤٩ فقرة ٩٥٩ .

عام ١٩١١[١] ، وأخذت به محكمة النقض المصرية[٢] . كما امتد التزام السلامة من عقد نقل الاشخاص الى التزام صاحب الفندق[٣] ، والى التزام متعهد الالعاب المسلية ، والى عقود تعليم قيادة السيارات[٤] .

١٢٦ - كما تعدى الفقه والقضاء أيضا هذا التوسع فى مضمون فكرة الخطأ بالتوسع فى الواجبات القانونية الى التخفيف من التمسك بركن الادراك كشرط لقيام الخطأ .

---

(١) نقض فرنسى فى ٢١ نوفمبر ١٩١١ ، داللوز ١٩١٣ - ١ - ٢٤٩

(٢) نقض مدنى فى ٢٦ ابريل ١٩٦٢ ، من أن عقد نقل الاشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب ، وهو التزام بتحقيق غاية . ويكفى الراكب اثبات اصابته اثناء تنفيذ العقد ويعتبر هذا اثباتا لاخلال الناقل بالتزامه وقيام مسئوليته عن الضرر الناشىء عن الاصابة بغير حاجة الى اثبات وقوع خطأ من جانبه . ولاترتفع هذه المسئولية الا بالقوة القاهرة او خطأ المضرور او خطأ من الغير لم يكن فى مقدور الناقل توقعه او تفاديه متى كان هذا الخطأ وحده هو سبب الضرر الحادث للراكب (مجموعة احكام النقض المدنى ، السنة ١٣ قاعدة ٧٩ ص٥٢٢) وفى نفس المعنى نقض مدنى فى ٢٩ يناير ١٩٦٦ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٧ ق ١٦٩ ص ٢٦)

(٣) وقد قضت محكمة ريوم بفرنسا فى ١٩ مارس ١٩٣٧ بان انزلاق النزيل فى صالة الفندق على قشرة فاكهة لايعفى صاحب الفندق من المسئولية طالما لم يثبت السبب الاجنبى (دالوز الاسبوعى ١٩٣٧ ص ٩٣) ، وفى نفس المعنى نقض فرنسى فى ١٣ نوفمبر ١٩٤٥ (داللوز ١٩٤٦ ص٢٠)

(٤) بلانيول وريبير وبولانجييه : ج٢ ، ١٩٤٩ فقرة ٩٦٢ - سافاتييه : حماية الفرد فى المسئولية المدنية ، دراسات مهداه الى لابيرد لاكوست ١٩٦٣ ص٣٢١ وما بعدها .

فالخطأ بمعناه التقليدى يتكون من عنصرين : عنصر التعدى وهو الانحراف بالسلوك عن مسلك الرجل المعتاد الذى يوجد فى نفس الظروف الخارجية التى يوجد فيها محدث الضرر ، والعنصر الثانى هو الادراك أى ادراك الشخص لأن فعله ينطوى على انحراف فى السلوك . وبالتالى كانت القاعدة التقليدية تقضى باستبعاد مسئولية المجنون أو الصغير غير المميز أو الشخص تحت تأثير الخمر لتخلف عنصر الادراك لديهم [1] .

ولكن القضاء اتجه بشتى السبل الى عدم التمسك بعنصر الأدراك كشرط لقيام الخطأ الموجب للمسئولية . ومن ذلك أن القضاء الفرنسى — بعد تردد طويل — أقر مسئولية عديم التمييز بطرق مختلفة ، كالقول بمسئوليته اذا كان سبب فقد الادراك يرجع الى فعله كادمان الخمر [2] ، أو الزام عديم التمييز باثبات انعدام التمييز لديه فى لحظة وقوع الفعل الضار حتى ولو كان معروفا عنه عدم التمييز [3] ، أو بالتشدد فى تقدير حالة فقدان الادراك ، فيكفى

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجييه ، ج٢ فقرة ٩٦٨ — كولين وكابيتان ص ٢٢٢ — ٢٢٤ — بلانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٤٩٨ — مصطفى مرعى : المسئولية المدنية فى القانون المصرى ١٩٤٤ فقرة ٥٩ ص ٤٩ — السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٥٣٥ وما بعدها .

(٢) محكمة باريس فى ١٤ مارس ١٩٣٥ — داللوز الاسبوعى ١٩٣٥ ص ٢٤١

(٣) نقض فرنسى فى ٢١ يناير ١٩٢٩ ، سيرى ١٩٣٠ — ١ — ١١١ — محكمة مونبلييه فى ٣٠ يوليو ١٩٣٠ سيرى ١٩٣١ — ٢ — ٣٥ — وبذلك ألقت المحاكم عبء الاثبات على المدعى عليه خلافا للأصل المستقر (انظر سليمان مرقس : المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية فقرة ٩١ — السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٥٣٨) .

أن يتوافر لدى محدث الضرر بعيص من الادراك للقـول بمسئوليته[١] ، أو بتقرير مسئولية الطفل غير المميز بالنظر الى أن حالته العقليـة والنفسية تسمح بلوم تصرفاته[٢] .وهذا أيضا هو مسلك القضاء فى مصر[٣] ، وما أخذ به التقنين المدنى المصرى[٤] .

وقد أخذ المشرع المصرى بمسئولية عديم التمييز بصفة احتياطية اذا لم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصـول على تعويض من المسئول (م ١٦٤ مدنى).ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يلزم عديم التمييز بتعويض عادل يراعى فيه مركز الخصوم ، وهذا مايشـير الى اتجاه المشرع المصرى أيضا الى التوسع فى المسئولية بعيدا عن فكرة الانحراف الملوم فى السلوك كأساس للالتزام بالتعويض[٥] ، وهذا ما دعى جانبا من الفقه الفرنسى الى

---

(١) محكمة بو المدنية فى ١٩ اكتوبر ١٩٤٥ سيرى ١٩٤٧ — ٢ — ٢٥ — ومحكمة جرينبول فى ٢٤ ابريل ١٩٥٦ ، داللوز الدورى ١٩٥٦ — ٢ — ٥٦٥ — وفى هذا المعنى ديموج : الالتزامات جـ ٣ فقرة ٣٠٥ — ستارك : المرجع السابق ص٩٠.

(٢) محكمة كولمار فى ٢ فبراير ١٩٥٤ ، جازيت دى باليه ١٩٥٤ —٢— ١٤٧

(٣) انظر السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٢٩ والهوامش ص ٨٠٢ ، ٨٠٣ من الطبعة الاولى — سليمان مرقس : المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ١٩٧١ فقرة ٩١ .

(٤) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ٢ ص ٣٥٧ وما بعدها .

(٥) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٤٠ : سليمان مرقس : الالتزامات ١٩٦٤ فقرة ٣٦١ — اسماعيل غانم : مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقرة ٢٢٣ ص٤٢٦ — حسين عامر : المسئولية المدنية ١٩٥٦ فقرة ٢٢٤ — بشرى جندى : تحمل التبعة فى المسئولية العقدية . المقال المشار اليه بمجلة قضايا الحكومة ١٩٦٩ ص ٥٤٧ فقرة ٣٠.

تصور خطأ غير المميز على أساس قياس الخطأ بمقياس اجتماعي قوامه الانحراف عن السلوك المعتاد [1]، والى اعتبار مسئولية عديم التمييز مسئولية موضوعية لاتشترط الخطأ [2].

---

(١) يرى الاساتذة مازو ان المجنون يمكن ان يرتكب خطأ وكذلك الصغير، وذلك بالنظر الى ان مسلكهم لايتفق ومسلك الرجل المعتاد؛ فاننا لسنا بصدد خطأ اخلاقي ولكنه خطأ مدني يقاس بمقياس اجتماعي. مازو وتنك: المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٤٦٠ وما بعدها.

(٢) ستارك: نطاق واساس المسئولية بغير خطأ. المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٥٨ ص٤٧٥ ومابعدها فقرة ١١ — وقارن ريبير: القاعدة الاخلاقية فقرة ١٥٤ من ان المسئولية تقوم هنا على اساس المساعدة و[illegible] الخطأ.

المطلب الثانى

افتراض الخطأ

١٢٧ - وضع التقنين المدنى الفرنسى القاعدة العامة للمسئولية المدنية فى المادتين ١٣٨٢، ١٣٨٣ ، فيجب لقيام المسئولية توافر أركانها الثلاثة وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، ويقع على المضرور عبء اثبات توافر هذه الاركان الثلاثة للمسئولية . ولكن المشرع الفرنسى رأى التخفيف على المضرور من عبء اثبات الخطأ فى بعض فروض المسئولية وهى حالة مسئولية الاباء والامهات والمربين من أفعال أولادهم وتلاميذهم ومسئولية المتبوعين عن أفعال تابعيهم ومسئولية مالك الحيوان عن أفعال حيوانه ومسئولية مالك البناء عن انهدام هذا البناء ، ومع ذلك فان هذه الفروض لم تكن فى نظر واضعى التقنين الا تطبيقات للمبدأ العام وهو مبدأ المسئولية على أساس الخطأ[1] . أما الاشياء الاخرى غير الحيوان والبناء فلم يشر اليها القانون ، وبالتالى ظلت خاضعة للقاعدة العامة وهى وجوب اثبات خطأ المدعى عليه ، ويقع هذا العبء على المضرور .

على أن هذه القواعد التى كانت تتفق مع العصر الذى صدر فيه التقنين المدنى الفرنسى فى مطلع القرن الماضى من حيث ندرة الاضرار التى كانت

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه . جـ٢ فقرة ١٠٤٤ - ريبير : النظام الديمقراطى فقرة ١٧٢ ص ٢١٧ - محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ٤٠.

تحدثها تلك الاشياء ، والى سهولة تحكم الانسان فيها ؛ ظهر قصورها جليا وواضحا بانتشار استخدام الآلات الميكانيكية والمخترعات الحديثة وتقدم وسائل النقل واستخدام القوى الطبيعية فى الصناعة ، اذ ترتب على ذلك زيادة كبيرة فى عدد الحوادث الناتجة عن الاشياء وخاصة الاضرار الجسمانية مع عجز المضرورين عن اثبات الخطأ .

ولما كانت الوسائل السابقة للقضاء الفرنسى من حيث التوسع فى مضمون فكرة الخطأ وانشاء التزام بالسلامة لم تكفى لحماية المضرورين فقد لجأ فى بداية الامر الى توسيع نطاق المادة ١٣٨٦ الخاصة بالاضرار الناشئة عن البناء واعتبارها متضمنة لقاعدة عامة فى المسئولية عن الاشياء ، لا تقتصر على البناء فقط بل تشمل سائر الاشياء غير الحية كالاشجار والآلات المثبتة فى الابنية والقاطرات البحرية [١] .

ولكن هذا التوسع فى تفسير نص المادة ١٣٨٦ أدى الى اهدار نص القانون ومخالفة قصد المشرع ؛ فضلا عن أن المضرور ظل مكلفا باثبات أن الضرر قد نتج عن اهمال فى صيانة الشىء أو عيب فى تكوينه .

١٢٨ - لذلك لجأ القضاء الفرنسى الى المادة ١٣٨٤ /١ التى تنص على أن المرء لا يسأل فقط عن الضرر الذى يحدثه بفعله الشخصى بل أيضا عن الضرر الذى يحدث بفعل الاشخاص الذين يكون هو مسئولا عنهم أو بفعل الاشياء التى فى حراسته .

وقد ساعد القضاء على ذلك أن الفقه وجد فى هذه الفقرة قرينة على

---

(١) محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص١٧ والاحكام العديدة المشار اليها فى هامش ٣ ، ٤ ، ٥

الخطأ تعفى المدعى من عبء الاثبات وتنقل هذا العبء الى المدعى عليه[1] . لذلك فقد اكتشف القضاء الفرنسى فى هذا النص أساسا يسمح بافتراض الخطأ فى المسئولية عن الاشياء[2] .

وقد بدأ تطبيق هذا المبدأ مقيدا بعض الشىء فى مجال اصابات العمل[3] وفى مجال نقل الاشخاص . اذ جرت الاحكام الاولى فى هذا الشأن الى تمكين المدعى عليه من دفع مسئوليته اذا تمكن من اثبات عدم خطئه عن طريق اثباته القيام بكل الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر وهو نفس المبدأ الذى كان متبعا فيما يتعلق بالمسئولية عن الحيوان . وكما تطورت هذه المسئولية الاخيرة فأصبحت لاتبيح للمدعى عليه انتنصل منها الا اذا أثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه[4] ، فقد تطورت أحكام المسئولية عن الاشياء غير الحية فلم يعد نفى الخطأ كافيا لدفع المسئولية بل أصبح القضاء يتطلب لنفى هذه المسئولية أن يثبت المدعى عليه أن الضرر نشأ عن سبب أجنبى كقوة قاهرة أو خطأ المضرور نفسه .

---

(١) لوران : مبادىء القانون المدنى ج٢٠ ، الطبعة الرابعة ١٨٨٧ ص٦٩٣ فقرة ٦٣٩ .

(٢) سافاتييه : المسئولية المدنية ١٩٥١ فقرة ٣٢٦ وما بعدها وفقرة ٤٠٥ - مازووتنك : المسئولية المدنيـة ج ٢ فقرة ١١٣٩ - ١١٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه : ج ٢ فقرة ١٠٤٢ - رينيه روديير ج ٩ من مطول بودان ١٩٥٢ فقرة ١٤٩٤ ، ١٥٦٧ - بلانيول وريبير واسمان : ج٦ فقرة ٦١٢ - شميت : المرجع السابق ص ٨٠ و٨١ - اسماعيل غانم : مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقرة ٢١٩

(٣) وقد كان أول حكم صدر فى هذا الشأن بمناسبة اصابة عمل بغرض حماية الانسان فى جسمه (انظر سافاتييه : انسانية وعدم شخصية المسئولية المدنية - دراسات مهداة الى لابوردلاكوست ١٩٦٣ ص ٣٢١ ومابعدها) .

(٤) اوبرى ورو فى دروس القانون المدنى ، الطبعة الخامسة ج٦ ص٤٤٨

ولم يتوقف القضاء الفرنسي فى رعايته للمضرور بصدور قانون اصابات العمل عام ١٨٩٨ الذى حقق للمضرور هذه الحماية ، بل تابع سبيله خارج نطاق هذا القانون وبصفة خاصة فيما يتعلق بحوادث النقل .

١٢٩ ـ وقد بدأ القضاء الفرنسي يتحرر تدريجيا من القيود التى وضعها على اعمال هذه المادة فى حمايته للمضرورين. فقد طبقت هذه القاعدة أيضا على العقارات بعد أن كانت قاصرة على المنقولات[1] .

وكان القضاء يشترط فى البداية أن يكون الضرر قد نشأ عن عيب فى الشيء المنقول ، ثم استغنى القضاء عن شرط العيب . وقد توسع القضاء أيضا الى تطبيق هذا المبدأ على الاشياء غير الخطرة بعد أن كان يقصرها على الاشياء الخطرة ، وذلك بحكم من الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية صدر عام ١٩٣٠ [2] ثم أكدت محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى فى عام ١٩٣٤ أن المضرور يمكنه التمسك أيضا بمسئولية السائق على أساس قرينة الخطأ وفقا للمادة ١٣٨٤/١ ولو كان المضرور قد ارتكب خطأ ساهم فى الحادث [3] . وكان القضاء الفرنسي يميل الى اعتبار الضرر ناشئا عن الفعل الشخصي اذا كان الشيء وقت حصول الحادث مسيرا بواسطة الانسان ، ولكنه عدل عن ذلك فى حكم النقض المشار اليه من أن مساهمة الانسان فى تسيير

---

(١) محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ١٦ والاحكام المشار اليها فى هامش ٢ ص ٢١ ؛ ولم يستثن من ذلك سوى الضرر الذى ينشأ عن تهدم البناء فقد بقى خاضعا للنص الوارد فى شأنه وهو نص المادة ١٣٨٦ مدنى .

(٢) نقض فرنسى فى ١٣ فبراير ١٩٣٠ داللوز الاسبوعى ١٩٣٠ ـ ١٢٩ ـ وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه : ج ٢ فقرة ١٠٥٢ .

(٣) انظر سافاتييه : انسانية وعدم شخصية المسئولية ؛ المقال المشار اليه .

الشيء لا تنفى أن الضرر نتج عن هذا الشيء وبالتالى لاتمنع تطبيق المادة ١/١٣٨٤ .

وقد تأيدت هذه النظرية القضائية تشريعيا بقانون ٧ نوفمبر ١٩٢٢ الذى أضاف الى الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ عبارة جديدة نصها «ومع ذلك فان من يحوز بأى صفة كانت عقارا أو منقولا بدأ فيه حريق لا يكون مسئولا عما يحدثه ذلك الحريق من أضرار للغير الا اذا ثبت خطؤه أو خطأ شخص ممن يسأل عنهم» . فهذا النص الذى يقرر وجوب اثبات خطأ الحارس فى حالة الحريق يدل بصيغته على أنه يخالف القاعدة العامة فى المسئولية عن الاشياء ، فكأن المشرع قد أقر أنه فى غير حالة الحريق لايكلف المضرور باثبات خطأ الحارس[1] . وقد كان الدافع وراء كل هذا العمل القضائى الهام هو حماية الانسان فى جسمه وحياته[2] .

١٣٠ — ولم يتناول التقنين المدنى المصرى القديم الاهلى أو المختلط المسئولية عن الاشياء غير الحية وبالتالى بقيت خاضعة للقاعدة العامة من حيث تحمل المضرور بعبء اثبات الخطأ[3] . وكان هذا أيضا هو مسلك القضاء المصرى الاهلى المختلط فى مجموعه[4] ، عدا بعض أحكام اتجهت الى

( ) محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ١٧ ص٢٢

(٢) سافاتييه : تحولات القانون ، المرجع السابق ١٩٦٤ ج٣ الفصل ١٥ (الضرر والانسان) — سافاتييه : كيف نعيد النظر فى المضمون الحالى للمسئولية المدنية ، المقال المشار اليه ١٩٦٨ فقرة ١٠

(٣) محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ٢٢ ص ٢٨ — حشمت ابو ستيت : نظرية الالتزام فى القانون المصرى ١٩٤٢ ص ٦٧٦ ، فقرة ٥٢٦

(٤) محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ٢٢ وهامش ٢ ص٢٨

سلوك مسلك القضاء الفرنسي من حيث اعفاء المضرور من عبء اثبات الخطأ في المسئولية الناتجة عن فعل الاشياء غير الحية ؛ اما على أساس الخطأ المفترض أى على وجود قرينة قانونية على الخطأ واما لأن مالك الشيء الذى أحدث الضرر يسأل عن الضرر باعتباره من مغارم الشيء التى يلتزم بها المالك بناء على نظرية تحمل التبعة أو بالخلط بين النظريتين[1] .

١٣١ - وقد عالج التقنين المدنى المصرى الجديد هذا القصور فاتبع مذهب القضاء الفرنسى باعتباره أكفل بالاستجابة لمقتضيات الحياة الاقتصادية الحديثة [2]؛ ولكنه لم يعمم هذه المسئولية الخاصة بالاشياء على الجمادات بجميع أنواعها بل قصر المسئولية على الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة وعلى الآلات الميكانيكية مراعيا في ذلك الظروف الاقتصادية للبلاد[3] .

وبذلك فان المضرور من فعل الاشياء يحصل على التعويض متى نتج الضرر عن هذا الشيء ودون تكليفه باثبات خطأ في جانب حارس الشيء ولا تنتفى المسئولية في هذه الفروض الا باثبات القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو السبب الاجنبى[4] . وقد انتهى القضاء أيضا الى أن الحراسة

---

(١) فى تفصيل ذلك محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ٢٤ ومابعدها

(٢) المذكرة الايضاحية ص ٣٥٢ ج ٢

(٣) محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ٢٢ ص٤٣

(٤) نقض مدنى فى ٢٢ نوفمبر ١٩٦٦ «مسئولية حارس الاشياء تقوم على خطأ مفترض ؛ ولا تدرأ هذه المسئولية بنفى الخطأ او لثبوت القيام بالعناية والحيطة الكافية ، وانما ترتفع فقط باثبات أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى وهذا السبب لايكون الا قوة قاهرة او خطأ المضرور أو خطأ الغير (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٧ ص١٧٢) وفى نفس المعنى نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض المدنى س ١٤ ص ١١٥٦)

التى تقوم عليها هذه المسئولية يمكن نسبتها الى الشخص الطبيعى أو المعنوى والى عدم انتقالها الى التابع رغم سيطرته المادية على الشىء [١] ،وفى هـذا ما يشير الى أن تقرير المسئولية عن الاشياء والحيوان يستبعد تماما أى بحث فى اللوم الاخلاقى أو الانحراف بالسلوك بل ولا يعتد بنفى الخطأ،وهـذا ما دعى الفقه الى التلاقى حول حقيقة هامة كشفت عنها هذه المسئولية وهى اندثار الفكرة التقليدية للخطأ الذى يستند الى اللوم الاخلاقى واستبدالها بأفكار أخرى موضوعية تقوم عليها هذه المسئوليـة [٢] .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ مارس ١٩٦٥ ، الحارس الذى يفترض الخطأ فى جانبه هو الشخص الطبيعى او المعنوى الذى تكون له السيطرة الفعلية على الشىء قصدا واستقلالا ولاتنتقل الحراسة منه الى تابعه المنوط به استعمال الشىء. (مجموعة احكام النقض المدنى س١٦ ق٦٢ ص٣٩٦) وفى نفس المعنى بالنسبة لحارس الحيوان نقض مدنى فى ٢ مارس ١٩٦٧ (مجموعة أحكام النقض المدنى س١٨ ق٨٢ ص ٥٣١) .

(٢) شميث : الخطأ المدنى والخطأ الجنائى ص٨٠ ومابعدها - مارك انكل تقرير اعمال المؤتمر الاول لمؤسسة هنرى كابيتان ١٩٣٩ عن موضوع المسئولية عن الاشياء ص٥٩٧ - ٦٠٣ - ستارك : نطاق واساس المسئولية دون خطأ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٨ ص ٤٧٥ وما بعدها فقرة ١٣ - ١٦ - سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص ١١٩ - ١٣١ - دى باج : الطبعة الثالثة ١٩٦٤ ج٢ فقرة ٩٢٣ - لالو : المسئولية المدنيـة فقرة ١١٥٩ ومابعدها - فينى : انهيار المسئولية الفردية ، فقرة ٢٧٠ ص٢٣١ - جوسران ج٢ فقرة ٥١٣ من انه عندما يفترض القانون الخطأ ولا يجيز اثبات عدم الخطأ فان القانون نفسه هو الذى ينشأ الالتزام وليس الفعل المدعى بأنه خاطىء . فليس للخطأ من قيمة سوى انه خدعة قانونية او وسيلة فنية هدفها التفسير المصطنع لنشوء الالتزام بالمسئوليـة - جوسران ، داللوز الاسبوعى ١٩٣٠

=

المطلب الثالث

قيـــام المسئولية بغــير خطـــأ

١٣٢ ــ ولم يقف ابتعاد المسئولية عن اللوم الاخـــلاقى على هـــذا التوسع فى فكرة الخطأ ، بل تعدى ذلك أيضا الى قيام المسئولية بغير خطأ. ذلك أن ازدهار الصـــناعة والاقتصـــاد خـــلال القرن التاسع عشر أظهـــر

= رقم ٢٥ ص٥٢ ــ سافاتييه: المسئولية المدنية ، طبعة اولى ج ١ فقرة ٣٢٦ ومابعدها ــ رينيه روديير : تعليق فى داللوز الدورى ١٩٥٩ ــ ٢ ــ ١٠٩٣٤ ــ بشرى جندى : تحمل التبعة فى المسئولية العقدية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة العدد الثالث السنة ١٣ فقرة ٦٠ ومـــا بعدها ص٥٦٨ ــ وانظر فى عرض وتحليل الاراء التى شككت فى قيام هذه المسئولية على الخطأ وقيامها على اساس التبعة ــ السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٦٩٦ وما بعـــدها . وانظر ايضـــا رسالة الدكتور محمد لبيب شنب المشار اليها فقرة ٢٥٨ وما بعدها من أن نظـــرية التبعة هى وحدها التى تفسر المسئولية عن الاشياء فى التقنين المصرى خاصة بالنسبة لقاعدتى عدم السماح للحارس بدفع مسئوليته استنادا الى انعدام خطئه ، وعدم جواز التمسك بقواعد المسئولية عن الاشياء من المضرور الذى ساهم بخطئه من استعمال الشىء بلا مقابل . وكذلك فان نظرية تحمل التبعة هى التى تبرر قصر هذه المسئوليـــة فى التقنين المـــدنى المصرى على الآلات الميكانيكية والاشياء التى تحتاج حراستها الى عناية خاصة اى على الاشياء الخطرة. وانظر الاحكام التى يؤيد بها هذا الرأى ص ٢٩٣ وما بعدها .

قصـــور القواعد التقليدية للمسئولية المدنيـــة عن حماية المضرورين من الحوادث التى تزايدت فى عددها وجسامتها وصعوبة اثباتها • وقدساعدت الاتجاهات الفكرية التى كانت تسود القانون الفرنسى وقتئذ على قيام اتجاه نحو تطوير أحكام المسئولية المدنية التى كانت تقوم على النزعة الفردية•

ولذلك ظهرت النظريات المختلفة للتبعة والتى تنادى بقيـــام المسئولية لا على أساس الخطأ ، وانما على أساس التزام كل من أحدث نشاطا ضارا فى المجتمع ويجنى من ورائه ربحا بتعويض الاضرار الناتجة عن هذا النشاط• وقد تنوعت هذه النظريات من واضعيها ، كما حاول أتباعهم التوفيق بينهـــا وبين المسئولية القائمة على الخطأ بالجمع بين التبعة والخطأ بصورة أوباخرى• وكان من نتيجة هذا الاتجاه الفقهى أن استجاب المشرع الفرنسى اســتجابة جزئية لهذه الافكار الموضوعية للمسئولية فأصدر قانون العمال فى ٩ ابريل ١٨٩٨ الذى يقضى بمسئولية رب العمل دون حاجة الى اثبات الخطأ ولايعفى رب العمل من المسئولية بنفى الخطأ عن نفسه[1] •

أما التقنين المدنى المصرى القديم الذى ظهر فى نهاية القرن الماضى فقـــد أخذ بالقاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ متبعا فى ذلك التقنين المدنى الفرنسى • وازاء عدم بلورة أفكار نظريات التبعة فى فرنسا حتى ذلك الوقت ، فلم يأخذ بها التقنين المصرى القديم ولم يعنى الفقه

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجييه : ج٢ فقرة ٩٢٠ ـ مازووتنك : المسئوليـــة المدنية ، ج١ فقرة ٧٨ ومابعدها ـ لالو : المسئولية المدنية ، فقرة ١٢٣ ومـــا بعدها ـ ومن تطبيقات التبعـــة فى القانون الفرنسى فى العصر الحديث قانون ٣٠ نوفمبر ١٩٥٥ الذى يقضى بمسئولية مستغل الطائرة عن الاضرار التى تلحق بالاشخاص أو الاشياء على الارض دون حاجة الى اثبات خطأ فى جانبه.

بالاشارة اليها [١] كما رفضها القضاء المصرى رفضا صريحا [٢] .

وكذلك لم يأخذ التقنين المدنى الجديد بفكرة التبعة ، وان أخذ بها المشرع المصرى فى نطاق محدود مثل قانون اصابات العمل [٣] .

١٣٣ — وثمة تطبيقات أخرى للمسئولية المدنية أقرها التشريع والقضاء افتقد فيها الفقه فكرة الخطأ . ومن ذلك التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة . فاذا كان الضرر ناشئا عن خطأ أو اهمال فذلك لايثير صعوبة فى تطبيق القواعد العامة للمسئولية . ولكن قد يحدث أن يكون نشاط الجار مشروعا لاينطوى على أى مخالفة للقانون أو اللوائح أو أى انحراف فى السلوك ، مع ذلك تحدث منه أضرار غير مألوفة لجيرانه ، كالضوضاء والدخان الناتجين عن المصانع . ففى هذه الحالة استقر القضاء الفرنسى على الزام محدث الضرر بالتعويض رغم خلو مسلكه من الخطأ ولا يعفيه من المسئولية الترخيص الادارى أو التزام حدود اللوائح [٤] .

وقد أخذ المشرع المصرى أيضا بهذا المسلك فى المادة ٨٠٧ من جواز

---

(١) عدا اشارة من الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٧٨١ وما بعدها (السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٢١)

(٢) نقض مدنى فى ١٥ نوفمبر ١٩٣٤ من ان القانون المصرى لم يرد فيه مايجعل الانسان مسئولا عن مخاطر ملكه التى لايلازمها شىء من التقصير بل هذا النوع من المسئولية يرفضه المشرع انظر السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٢١ هامش ٢ .

(٣) صدر القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ويقضى لكل عامل اصيب اثناء العمل او بسببه بتعويض مقدر فى القانون ولو انتفى الخطأ فى جانب رب العمل . وحل القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ محل هذا القانون ، الى ان صدرت قوانين التامينات الاجتماعيه .

(٤) بلانيول وريبير وبيكارد ، جـ ٣ طبعة ثانية فقرة ٤٦١ ومابعدها .

رجوع الجار على جاره بالتعويض عن مضار الجوار غير المألوفة ولو كان مسلك الجار غير مشوب بالخطأ وكان ملتزما حدود القوانين واللوائح ؛ ولا يحول الترخيص الادارى دون قيام هذه المسئولية [١] .

وقد اختلفت الآراء فى تأسيس المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة[٢] . فقد حاول البعض تأسيس هذه المسئولية على الخطأ الشخصى من المالك مع اختلاف فى تحديد هذا الخطأ ، من أنه يتمثل فى عدم احترام ملكية الجار أو رفض تعويض الضرر الفاحش الذى يصيب الجار أو الاخلال بالتزام قانونى يحرم على المالك أن يضر بجاره أو مسئولية حارس الاشياء ، ويقترب من ذلك الرأى القائل بأن المالك يقع عليه التزام قانونى يقال له التزام الجوار (obligation de voisinage) وهو يحرم على المالك أن يضر بجاره ومن ثم يكون الاخلال بهذا الالتزام خطا يوجب المسئولية [٣] . كما حاول جانب

---

(١) حسن كيره : الحقوق العينية الاصلية ١٩٥٦ فقرة ١٠٧ ص٣٠٢

(٢) انظر فى ذلك : بلانيول وريبير وبولانجييه ، ج٢ فقرة ٢٦٨٤ - بلانيول وريبير وبيكار ، ج٣ فقرة ٤٦٨ - مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٢ فقرة ١٣٤١ - انور سلطان : نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٧ ص ٧١ ومابعدها .

(٣) كابيتان ، التزامات الجوار ، المجلة الانتقادية للقانون المدنى ١٩٠٠ ص١٥٦ وما بعدها وص ٢٢٨ ومابعدها (وقد عدل عن هذا الراى فى كتابه : كولان وكابيتان ودى لامور انديير ج١ فقرة ١٠٢٤) - ومن هذا الراى ايضا : عبدالمنعم فرج الصده : حق الملكية طبعة ثانية ١٩٦٤ فقرة ٥٨ ص٨٩ من ان المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة ترجع الى تنظيم خاص لعلاقات الجيران ، فهى مسئولية قوامها التضامن الاجتماعى بين الجيران . ذلك ان الملاك المتجاورين يكونون مجموعة لهـا قوانينها التى تقضى بها العرف . فمن يخرج على هذه

=

من الفقه تأسيس هذه المسئولية على فكرة التعسف فى استعمال الحق [١] ، ولكن جانبا آخر من الفقه انتهى الى استبعاد الخطأ كأساس لهذه المسئولية وأقامها على أساس فكرة تحمل التبعة [٢] أو على الضمان [٣].

=

القوانين فى استعمال ملكه يلتزم بتعويض الضرر الفاحش الذى ينجم عن هذا الاستعمال - وانظر فى اعتبار هذه المسئولية قائمة على الخطأ التقصيرى المتمثل فى الغلو فى استعمال حق الملكية مجاوزة للحدود التى رسمها القانون لهذا الحق : السنهورى : الوسيط ج١ ص ٨٢٢و٨٢٣ هامش ٤ من الطبعة الاولى ، حشمت ابو ستيت : نظرية الالتزام ، الطبعة الثانية فقرة ٥٤٤ ، عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام فقرة ٤٢٩

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج ١ فقرة ١٠٢٥ - محمد على عرفه : حق الملكية ج ١ طبعة ١٩٥٤ فقرة ١٩٢ - حسن كيره الحقوق العينية ١٩٥٦ فقرة ١٠٥ ص ٢٩٥ وما بعدها ، وقد انتقد هذا الرأى فى القانون الفرنسى بأن اساءة استعمال الحق معناها مزاولة الحق دون باعث جدى ولامشروع، كما ان من شأن ذلك تمييع نظرية التعسف فى استعمال الحق (انظر بلانيول وريبير وبيكار ج ٢ فقرة ٤٧٠) وفى القانون المصرى بأن هذا التأسيس لايستقيم مع المعايير والضوابط التى حددها المشرع للتعسف فى استعمال الحق وهى قصد الاضرار بالغير ورجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا وعدم مشروعية المصلحة التى يرمى صاحب الحق الى تحقيقها (انظر عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية ١٩٦٤ ص٩١) .

(٢) جوسران : روح القوانين فقرة ١٦ ومطول القانون المدنى ج ١ طبعة ثالثة فقرة ١٥٠٥ ، وتعليق فى دللوز ٥٢ - ٢ - ١٩٢٣ - ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٧١٦ .

(٣) ستارك : نطاق وأساس المسئولية بغير خطأ ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٨ ص ٤٧٥ وما بعدها - والوظيفة المزدوجة للمسئولية ، المرجع السابق ص ١٨٧ وما بعدها .

وايا ما كان اختلاف الآراء فى تأسيس المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة فان الذى يعنينا فى هذا المقام هو تأكيد اتجاه التشريع والقضاء فى العصر الحديث الى كفالة التعويض عن الاضرار دون التقيد باثبات الانحراف الملوم فى السلوك فى جانب محدث الضرر. فمسئولية المالك عن تعويض مضار الجوار غير المألوفة لاتجد أساسها فى فكرة الذنب (culpabilité) أو فى الاعتداء على قواعد الاخلاق ، ولكن فى أن الالتزام بالتعويض تحول اليوم من المعيار الاخلاقى الى المعيار الاجتماعى .

١٣٤ - ومن تطبيقات المسئولية المدنية التى افتقد فيها الفقه أيضا عنصر الخطأ ، مسئولية الشخص عن الضرر الذى يحدثه بفعل الضرورة . فقد تدفع الضرورة الشخص الى احداث ضرر بالغير لدفع ضرر أكبر كان يمكن أن يلحق به أو بغيره . وهو فى هذا يكون غير مخطىء بالمقياس التقليدى للخطأ ، ومع ذلك فقد استقر القضاء الفرنسى على مسائلة مرتكب الفعل الضار تحت ظرف الضرورة اذا كان فعله بين العناصر التى ساهمت فى انشاء حالة الضرورة ولو لم يكن مخطئا [1].

وقد أخذ المشرع المصرى أيضا بالمسئولية فى حالة الضرورة فى المادة ١٦٨ مدنى التى تقضى بأن من سبب ضررا للغير ليتفادى ضرر أكبر محدقا به أو بغيره لايكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا .

ويرى الفقه فى هذه المسئولية استثناء من قواعد المسئولية القائمة على

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٥٦٦ - ستارك : نطاق واساس المسئولية بغير خطأ ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٨ فقرة ٨ - مازو وتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٤٨٨ ، ٤٩٥

الخطأ[1] ، وهو مايشير بدوره الى هـذا الطريق الذى اختـاره التشريع والقضاء فى سبيل كفالة التعويض دون التقيـد بفكرة اللوم الاخلاقى أو بفكرة الخطأ ذاتها فى مثل هذه الفروض الخاصة للمسئولية .

١٣٥ ـ ومن فروض المسئولية المدنيـة التى افتقد فيها الفقـه توافر الخطأ ، مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه . فتقضى المادة ١٣٨٤/٥ من التقنين المدنى الفرنسى بمسئولية المتبوع عن أعمـال تابعه التى تقع منه فى أدائه لوظيفته . وقد أقر التشريع المصرى هذه المسئولية فى المادة ١٧٤ مدنى من أنه «يكون المتبوع مسئـولا عن الضرر الذى يحدثه تابعـه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها ، وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابتـه أو فى توجيهه» . وتقضى المادة ١٧٥ مدنى بأنه للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى لايكون فيها الغير مسئولا عن تعويض الضرر .

ورغم اختلاف الآراء فى الفقه حول تكييف أساس التزام المتبـوع عن أعمـال تابعه ، اذ يفسرها البعض بأنها مسئوليـة عن عمل الغير مصدرها القانون[2] والبعض بأنها تقترب من تحمل التبعـة[3] والبعض بأنها تأمين

---

(١) لالو : المسئولية المدنية فقرة ٣٠٢ وما بعدها ـ ديموج : الالتزامات ج٣ فقرة ٢٤٠ ـ ملانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٥٦٧ ـ مازووتنك : المسئولية المدنية ج١ فقرة ٤٩٢ ـ ٤٩٥ ـ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ٤٦ ـ ستارك : المقال المشار اليه ١٩٥٨ فقرة ٨ ـ السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٥٣٤ ـ حسين عامر : المسئولية المدنية فقرة ٢٥١ .

(٢) السنهورى : الوسيط ج١ فقرة ٦٨٨ وما بعدها ـ ويقترب من هـذا الرأى حسين عامر : المسئولية المدنية ، فقرة ٦٤٥ ص٦٥٥ .

(٣) دى باج : ج٢ طبعة ثالثة ١٩٦٤ فقرة ٩٣٢

اتفاق[1] ، أو بأنهـا تبعة حقيقية [2]. أو بفكرة الضمان القانونى[3] ، فانه ليس من رأى ينسب خطأ معينا الى المتبوع . لذلك فان جوهر أفكار الفقه يدور حول القول بأن هذه المسئولية لاتستند الى الخطأ[4] ، وأنها مسئولية

---

(١) محمد الشيخ عمر دفع الله : مسئولية المتبوع ، رسالة من القاهرة ١٩٧٠ فقرة ٨٩ ص ١١٢ .

(٢) ديموج : الالتزامات جـ ٥ فقرة ٨٨٢ ـ جوسران : القانون المـدنى فقرة ٤١٣ جـ ٢ ـ سافاتييه : من القانون المـدنى الى القانون العـام ١٩٤٥ ص ١٠٨ ـ ١١٠ من أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه تقوم على تحمل التبعة فليس من خطأ ينسب الى المتبوع ، بل هو لايجوز له أن ينفى خطأه ليتحلل من المسئولية ، كما هو الشأن فى مسئولية متولى الرقابة او مسئولية الاب . وهذا فى رأيه يهـدم فكرة افتراض الخطأ التى يقـول بها الاسـاتذة مازو . وبالاضافة الى ذلك فان هناك متبوع لايسـال مدنيا عن أخطاء تابعيه وهذا هو شأن كبار موظفى الشخص الاعتبارى الذى يعدون اعضاء للشخص المعنوى اكثر منهم تابعين ، وهناك متبوعين ليست لديهم سلطة على تابعيهم ومع ذلك فهم يسـألون عن اخطائهم ، كما اذا كان المتبوع مجنونا او صغـيرا ، أو كان مالك المشروع بعيدا عن ادارته ـ بشرى جندى : تحمل التبعة فى المسئولية غير العقدية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٦٩ فقرة ٣٦ ص ٥٥٢

(٣) سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٤٤٥ ـ اسماعيل غانم : مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقرة ٢٥٣ ـ نقض مدنى فى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ من أن مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور واساسها فكرة الضمان القانونى باعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون لا العقد (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٩ ق ٥١ ص ٣٢٧) وفى نفس المعنى نقض مـدنى فى ٣٠ يناير ١٩٦٩ (مجموعة أحكام النقض المدنى س ٢٠ ق ٣٢ ص ١٩٩)

(٤) اسماعيل غانم : مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقرة ٢٥٣

ذات هدف اجتماعي عن ضمان حقوق المضرور قبل الفاعلين الذين يعملون عادة لحساب غيرهم وليست لديهم القدرة المالية لمواجهة التعويضات الناتجة عن أخطائهم المتعلقة بوظائفهم[1] .

المطلب الرابع

التضييق من نطاق الاعفاء من المسئولية

١ ـ التضييق من نطاق القوة القاهرة أو السبب الاجنبي

١٣٦ ـ يجرى المعنى التقليدى للقوة القاهرة أو الحادث الفاجيء ـ كسبب أجنبى بعدم رابطة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالى بنفى المسئولية ـ على توافر شرطين هما عدم امكان التوقع (imprévisibilité) واستحالة الدفع (irresistibilité) . فاذا ما توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبيا لا يد للمسئول

(١) نقض مدنى فى ٧ نوفمبر ١٩٦٧ من أن هدف المشرع من تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هو سلامة العلاقات فى المجتمع : وهذه المسئولية تعتبر من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر وهى تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها (مجموعة احكام النقض مدنى س ١٨ ق ٢٤٢ ص ١٦١٤)

فيه مما يمكن المدعى عليه من دفع المسئولية عن نفسه [1] .

ويترتب على ذلك أن صدور تشريع أو وقوع زلزال أو نشوب حريق أو مرض مفاجىء أو اضراب غير متوقع أو سرقة أو نحو ذلك من الحوادث يعد قوة قاهرة مادام شرطا استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا [2] .

كذلك تنطوى حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائى ، كما اذا انفجرت آلة ، أو انكسرت عجلة أو انزلقت السيارة على أرض لزجة أو اعترضتها عقبة مفاجئة ، أو بهر السائق نور خاطف ، والمهم أنه يتوافر شرطا استحالة التوقع واستحالة الدفع [3] .

ومع ذلك فان القضاء فى فرنسا درج على عدم نفى المسئولية رغم توافر هذين الشرطين فى الحادث المفاجىء وذلك بغرض التوسع فى المسئولية وحماية المضرورين وخاصة من الاضرار الجسمانية .

ومن ذلك أن القضاء الفرنسى ذهب الى أن العيب الداخلى فى الشىء لا يعد

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية : جـ٢ فقرة ١٥٦٩ ما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ فقرة ٧٢٥ و١٠٢٩ - لالو : المسئولية المدنية فقرة ٢٧٠ وما بعدها - السنهورى : الوسيط جـ١ فقرة ٥٨٧ وما بعدها - حسين عامر : المسئولية المدنية فقرة ٣٧٣ ومابعدها .

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٢ فقرة ١٥٧٨ - ١٥٨٩ - السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٩٠ .

(٣) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٢ فقرة ١٥٩٩ - ١٦٠٥ - السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٩٠ .

حادثا مفاجئا[1] ، وأن فصام الفرامل لايعنى نفى المسئولية [2] وأن العاصفة لاتعد قوة قاهرة فيما نستتعه من أسلاك الكهرباء مما لايعفى شركة الكهرباء من المسئولية عما يحدث من أضرار[3] كما أن العاصفة لاتعد قوة قاهرة بالنسبة لصاحب اشجرة التى تقتلعها العاصفة لما كانت عليه الشجرة من ارتفاع شاهق أو جفاف غصونها أو لعيب خفى بها [4]، كذلك ذهب القضاء الفرنسى الى أن انزلاق السيارة على أرض زلجة أو رطبة لايعد قوة قاهرة[5]. ولا يعد قوة قاهرة مايحدث لسائق السيارة من ارتباك بسبب الانوار المعاكسة القوية المسلطة عليه من سيارة تواجهه [6] . وان كسر الفرامل لايعد قوة قاهرة [7] .

كذلك لايعد قوة قاهرة خروج الحيوان فجأة من بين القطيع السائر فى

---

(١) نقض فرنسى فى ٢ يوليو ١٩٤٦ ، جازيت دى باليه - ٢ - ١٥١، داللوز ١٩٤٦ ص ٣٩٢

(٢) نقض فرنسى فى ١٩ نوفمبر ١٩٤٠ ، جازيت دى باليه ١٩٤١ - ١ - ٨٣

(٣) محكمة رين فى ٢٢ مارس ١٩٣٢ ، مجلة رين ١٩٣٢ ص٤٣٨

(٤) محكمة ريدون فى ١٣ مايو ١٩٥٢ J.C P. ١٩٥٢ - ٢ - ٧٢٢٩ - محكمة كولمار فى ٢١ يونيه ١٩٣٢ داللوز الاسبوعى ١٩٣٢ - ٤٨٢ - محكمة باريس فى ١٩ فبراير ١٩٢١ جازيت تريبنو ١٩٣١ - ٣٠٥

(٥) نقض فرنسى فى ٥ مايو ١٩٤٢ سيرى ١٩٤٢ -١- ١٢٥ ؛ محكمة السين فى ١١ مايو ١٩٤٦ جازيت دى باليه فى ٢ يوليو ١٩٤٦ - محكمة السين فى ٢٠ نوفمبر ١٩٣١ دالوز الاسبوعى ١٩٣٢ - ٦٣ - محكمة باريس فى ١٤ مارس ١٩٣٠ داللوز الاسبوعى ١٩٣٠ - ٢ - ٢١٥

(٦) نقض فرنسى فى ٣١ اكتوبر ١٩٤٤ جازيت دى باليه ٢٢ ديسمبر ١٩٤٤ وفى ١٩ مارس ١٩٣٤ داللوز الاسبوعى ١٩٣٤-٣٦٢ وفى ١٠ مايو ١٩٣٢ داللوز الاسبوعى ١٩٣٢ - ٣٢٠

(٧) نقض فرنسى فى ١١ مارس ١٩٤٠ جازيت دى باليه ٢٥ ابريل ١٩٤٠

الطريق العام[1] ، ولا قفز حصان السباق عند شريط الابتداء[2] . ولا يعد قوة قاهرة أيضا ما يصاب به الكلب من داء السعار باعتبار أن واجب الحارس أن يفطن لاعراض هذا المرض [3].

وقد ذهب بعض الفقه فى مصر الى التضييق من نطاق السبب الاجنبى بقياس عدم امكان التوقع لا بمعيار الشخص المعتاد ولكن بقياسه على مسلك أشد الناس يقظة وبصرا بالامور[4] ، كما ذهب بعض القضاء فى مصر الى اعتبار الحوادث التى ترجع الى أمر داخلى كامن فى الشىء ذاته ، كانفجار آلة فى مصنع وخروج قطار عن الشريط حوادث فجائية لاتعفى من المسئولية باعتبار أن هناك تمييزا بين الحادث الفجائى والقوة القاهرة وأن الاخيرة وحدها هى التى تدفع المسئولية [5].

٢ - بطلان شروط الاعفاء من المسئولية فى حالة الضرر الجسمانى :

١٣٧ - تقضى المادة ٢١٧ مدنى بأنه «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ مارس ١٩٣٤ : جازيت دى تريبينو فى ٢٣ يونيه ١٩٣٤

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ يونيه ١٩٤٣ داللوز ١٩٤٣ - J - ٥٨

(٣) محكمة الهافر فى ١٤ مارس ١٩٢٥ جازيت دى باليه ١١ يونيه ١٩٢٥

(٤) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٨٨

(٥) محكمة بنا الجزئية فى ٤ اكتوبر ١٩٢٣ (مجلة المحاماة ١٦ - ٤٣٧ - ١٨٩) ومحكمة دمياط الجزئية فى ١١ يوليو ١٩٣٤ (مجلة المحاماة ١٥ - ٥٢٢ - ٢٤٦) - وانظر فى نقد التفرقة بين الحادث الفجائى والقوة القاهرة : سليمان مرقس : نظرية دفع المسئولية ص ٢٣١ ومابعدها - محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ٢٠٥ - حشمت ابو ستيت : المرجع السابق فقرة ٢٦٥

المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم » .

« ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

ويتضح من ذلك أن الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية غير جائز قانونا سواء كان الخطأ يسيرا أو جسيما أو عمدا ، وسواء تعلق الامر بأضرار مادية أو بأضرار جسمانية.

أما فى المسئولية العقدية فيجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية الناتجة عن خطئه اليسير ، فاذا نتجت المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء منها . واستثناء من ذلك يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية الناتجة عن الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم من تابعى المدين .

ومع ذلك فان هذه الحرية التعاقدية التى سمح بها المشرع فى اطار المسئولية العقدية لايجوز اعمالها فى حالة الضرر الجسمانى الذى يقع على حياة الانسان أو جسمه أو كيانه . فالتشريع والقضاء لايسمحان حتى فى حالة الخطأ اليسير باعفاء المدين من مسئوليته العقدية عن الاضرار التى تلحق بالانسان .

ومن ناحية أخرى قد يسمح المشرع للافراد بالاتفاق على تحديد مقدار التعويض بصورة مسبقة فى صورة الشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقى. ورغم صحة هذا الشرط فى حالة الخطأ اليسير فى كل من المسئولية التقصيرية

والمسئولية العقدية فانه لايسرى أيضا فى حالة الاضرار التى تلحق بجسم الانسان أو كيانه ولو كان الخطأ يسيرا .

١٣٨ — ففى اطار المسئولية التقصيرية لايجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية ولو كانت ناشئة عن خطأ يسير أو خطأ مفترض طبقا للفقرة الاخيرة من المادة ٢١٧ وهذا هو المبدأ الذى استقر عليه القضاء الفرنسى[1] ، واعتنقه جانب كبير من الفقه الفرنسى[2] .

وقد قيل فى تبرير ذلك أن المسئولية التقصيرية تعد من النظام العام وان هدفها هو تأكيد احترام القوانين التى هى تعبير عن الارادة العامة وأنها تنبع من الصفة الآمرة للقانون . فبينما المسئولية العقدية تتعلق بارادة الاطراف فيمكنهم تعديلها أو الغاؤها ، فان المسئولية التقصيرية تتعلق بالارادة العامة، وبالتالى يقع باطلا كل اتفاق يقضى بالاعفاء من المسئولية التقصيرية حتى فى حالة الخطأ اليسير[3] .

---

(١) انظر مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٥٧٠ والأحكام المشار اليها

(٢) سوردا : المسئولية المدنية طبعة سادسة فقرة ٦٦٢ — بودان : القانون المدنى طبعة اولى فقرة ١٢٣٤ : بودرى وبارد ، طبعة ثانية ج٤ فقرة ٢٨٦٩ — لالو : المسئولية المدنية فقرة ٥١٠ — اسمان : ثلاث مشاكل فى المسئولية المدنية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٤ ص٢١٧ وما بعدها فقرة ٢٤ — رابو : الخطأ فى القانون الخاص ، ١٩٤٩ فقرة ١٧٨ ، ١٧٩ — رودبير : ج ٩ مكرر من مطول بودان ١٩٥٢ فقرة ١٤١٥ .

(٣) انظر مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٥٧٠ — السنهورى : الوسيط ج١ فقرة ٦٥٣ — سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٤١٧

ورغم أن جانبا آخر من الفقه الفرنسى يعارض هــذا المسلك من جانب القضــاء ويذهب الى صحة شرط الاعفاء من المسئوليــة التقصيرية[1] على أساس أنه اذا كان الواجب القانونى بعدم الاضرار بالغير من النظام العام ، فان المسئوليــة عن الاخــلال بهــذا الواجب ليست من النظــام العــام ، وبالتالى يجوز الاتفاق على الاعفاء منها ، فان هذا الفقه مع ذلك يؤكد عدم جواز الاعفاء من المسئولية التقصيرية عن الاضرار التى تلحق بالانســان فى حياته أو جسمه أو كيانه[2] وهذا البطلان لشروط الاعفاء من المسئوليــة التقصيرية عن الاضرار التى تلحق الانسان يجد تبريره فى نظر الفقه فى أن الانسان لايجوز أن يكون محلا للاتفاق وليست له قيمة تجاريه ، والنظــام العام لايسمح بمثل هذا الاتفاق .

وكذلك الشأن بالنسبة للشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقى فرغم جواز مثل هذا الاتفاق فى المسئولية التقصيرية[3] ، فان الفقه يذهب الى أن المسئول

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٥٧١ وما بعدها ـ جوسران : النقل طبعة ثانية فقرة ٦٢٧ ـ ديموج : الالتزامات ج ٥ فقرة ١١٦٩ ـ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٣٢ ـ جوسران : القــانون المدنى طبعة ثالثة ج ٢ فقرة ٤٧٤ ـ ٤٨٠ ـ ستارك : المرجع السابق ص ٤٧١ ـ ٤٧٥ ـ كاربونييه : ج ٢ فقرة ١٩٥ ص ٦٣٨ .

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٥٧٥ ـ جوسران : النقل طبعة ثانية فقرة ٦٢٧ ـ ريبير : القانون البحرى طبعــة رابعة ج ٢ فقرة ٢٠٠٤ ـ ديموج : الالتزامات ج ٥ فقرة ١١٦٧ ـ لالو : المسئولية المدنية فقرة ١٢٧٧ ـ جوسران : القانون المدنى طبعة ثالثة ج ٢ فقرة ٤٧٥ .

(٣) السنهورى : الوسيــط ج ٢ فقرة ٤٧٧ ص ٨٥١ هامش ٢ ـ وانظــر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ٢ ص ٥٧٢ ـ مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٦٤١

لايجوز له التمسك بهذا الشرط فى حالة الاضرار التى تلحق الانسان فى حياته أو جسمه أو كيانه الادبى . فمثل هذه الاضرار تقتضى تعويضا كاملا، اذ النظام العام يوجب على المسئول التزام اليقظة التامة وبالتالى تنعقد مسئوليته كاملة . أما المضرور فعلى العكس من ذلك يجوز له التمسك بالشرط الجزائى لاقتضاء تعويض يفوق مدى الضرر [1] .

١٣٩ — وفى المسئولية العقدية حيث يجيز القانون والقضاء شروط تحديد المسئولية أو الاعفاء منها فى حالة الخطأ اليسير ، نجد أن مثل هذه الشروط لاتسرى فى حالة الاضرار الجسمانية . فسواء وقع الضرر على حياة الانسان أو على جسمه أو كيانه الادبى ، فانه لايجوز للمدين ، ولو كان خطؤه يسيرا أو اشترط عدم مسئوليته ، أن يتمسك بهذا الشرط للتنصل من التعويض [2] فلايجوز للفرد من غير سبب مشروع أن يعرض شخصه للخطر، ولا أن يتنازل عن حياته أو سلامة بدنه أو شرفه أو شعوره العاطفى ولايجوز السماح بأى ضرر ولو يسير يلحق بجسم الانسان أو كيانه لأن فى ذلك الغاء لحقوقه التى لاتقبل الاخلال بها . ان النظام العام يعارض ذلك . كما أن الموافقة المسبقة من المضرور لايمكن اعمالها ضده ، بالرغم من تفسير شرط عدم المسئولية بأنه ليس فى ذاته اتفاقا على الاضرار بحياة الانسان أو كيانه، فالمضرور لايعطى المسئول الحق فى أن يحدث به ضررا جسمانيا أو أدبيا ولكنه يتراضى فقط على عدم المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر اذا وقع بفعل غير عمدى [3] .

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية ج٣ فقرة ٢٦٣٢ ، ٢٦٤٢

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٥٢٩

(٣) أنظر فى هذا التبرير مازووتنك : المسئولية المدنية ج٣ فقرة ٢٥٢٩

من أجل ذلك فان الفقه [1] يؤيد القضاء فيما استقر عليه من عدم جواز حرمان المضرور بضرر جسمانى أو أدبى من التعويض على أساس شرط عدم المسئولية فى الفروض المختلفة للمسئولية العقدية .

١٤٠ - ففى مسئولية الطبيب العقدية ذهب القضاء الفرنسى الى رفض شرط عدم المسئولية الذى يدرجه الطبيب أو الجراح فى عقده مع مرضاه ، ولو كان هذا الشرط قد أدرج بناء على طلب صريح من المريض [2] . ورغم أن جانبا من الفقه ذهب الى اجازة هذا الشرط فى حالة العمليات الجراحية الخطيرة التى يقصد منها محاولة انقاذ حياة المريض [3] الا أنه يرد على ذلك بأن عدم التزام الطبيب بالتعويض فى هذا الفرض قد يرجع الى حالة الضرورة أو الى عدم الخطأ وليس الى شرط عدم المسئولية [4] .

كما استقر القضاء الفرنسى أيضا ، كما سبق القول، على التزام الناقل بتعويض الاضرار التى تلحق بالافراد على أساس التزامه بالسلامه دون حاجة الى اثبات خطأ فى جانبه وهذا الالتزام لايجوز الاعفاء منه باتفاق الطرفين كما لايجوز الاتفاق على أن يكون التزام الناقل التزاما ببذل

---

(١) سافاتييه : المسئولية المدنية ، طبعة ثانية ١٩٥١ ج ٢ فقرة ٦٦١ - سافاتييه : تحولات القانون ج ٢ فقرة ٤٢٤ - جوليات دى لاموراندير : ج٢ فقرة ٩٢٠ - كاربونييه ج٢ ، فقرة ١٦٢ ، عكس ذلك ديموج : الالتزامات - ج٥ فقرة ١١٩٨ - فوازنيت : الخطأ الجسيم ص ٨٧ - ٩٢ - ستارك : المرجع السابق ص٤١٢ .

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢/٢٥٢٩

(٣) لالو : المسئولية المدنية فقرة ٥٦١ - ٥٦٥

(٤) مازووتنك : المسئولية المدنية ج٣ فقرة ٢/٢٥٢٩

عنـاية [1].

ولا يجوز أيضا للناقل أن يتنصل من مسئوليته عن هذا الالتزام باشتراط عدم المسئولية أو الاعفاء منها : اذ فجميع الاضرار البدنية التى تلحق بالمسافر أثناء النقل يلزم الناقل بالتعويض عنها أيا ما كانت وسيلة النقل أو سبب المسئولية سواء كان الخطأ الشخصى أو فعل الاشياء أو الحيوان أو فعل الغير ، ما لم يوجد نص قانونى يقضى بخلاف ذلك [2].

وفيما يتعلق بمسئولية الناقل الجوى عن الأضرار التى تلحق بالركاب نصت المـادة ٢٣ من اتفاقية فارسوفيا الموقعة فى ٢٩ أكتوبر ١٩٢٩ على أنه «أى شرط يرمى الى اعفاء الناقل من مسئوليته أو يضع حدا لها يقل عن الحد المقرر فى هذه الاتفاقية يكون باطلا ولا أثر له » .

١٤١ - أما فيما يتعلق بمسئولية الناقل البحرى فعلى العكس من ذلك نجد أن القضاء الفرنسى استقر على صحة شرط الاهمال الذى يدرجه الناقلون البحريون فى عقود نقل البضائع وفى عقود نقل الاشخاص [3] ، وبصـدور قانون ٢ ابريل ١٩٣٦ الذى قضى ببطلان شرط عدم المسئولية فى نقل البضائع ولم يتعرض للنقل البحرى للاشخاص ، بقى المسلك القضائى فى هذا الشأن

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٥٢٠ وما بعدها

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ٣ فقرة ٢٥٣٠ - ديموج : الالتزامات جـ٥ فقرة ١١٦٧ وعكس ذلك جوسران : النقل طبعة ثانية فقرة ٩١٧ - ريبير : القانون البحرى الطبعة الرابعة فقرة ٢٠٠٣ - لالو : المسئولية المدنية فقرة ٥١٣ - ٥٢٥ .

(٣) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٥٣٣ والاحكام المشار اليهـا فى هامش ١ ، ٢

على حالته من حيث اجازة الاتفاق على اعفاء الناقل البحرى من مسئوليته عن الاضرار التى تلحق بالركاب وهو ماكان محل اعتراض من جانب من الفقه الفرنسى[1] .

أما فى التشريع المصرى فقد نظم التقنين البحرى نقل المسافرين فى الفصل التاسع منه فى المواد من ١٣٢ ــ ١٤٨ ، ولكن لم يرد فى التقنين البحرى ولا فى التقنين التجارى أى نص خاص بمسئولية ناقل المسافرين ومن ثم تطبق القواعد العامة فى هذا الشأن بالنسبة للناقل البحرى . وقد استقر القضاء فى مصر على المسئولية العقدية للناقل البحرى عن الاضرار التى تلحق بالمسافرين على أساس أن عقد النقل يتضمن بدوره التزاما على عاتق الناقل بسلامة المسافر (obligation de securité) وهو التزام بغاية يتحقق الاخلال به بمجرد عدم تحقق الغاية وثبوت وقوع الحادث ، ولا ترتفع مسئولية الناقل عن هذا الاخلال الا باثبات القوة القاهرة أو خطأ المصاب[2] فيجوز اذن للمسافر أن يرجع على الناقل بالتعويض عن الضرر الجسمانى الذى أصابه أثناء الرحلة دون حاجة الى اثبات الخطأ أما اذا نتج من الحادث وفاة المسافر فان أقاربه الذين يملكون حق المطالبة بتعويض الضرر الادبى لايرجعون على الناقل وفقا لاحكام المسئولية العقدية لعدم وجود رابطة تعاقدية بينهم وبين الناقل وانما على أساس المادة ١٦٣ مدنى وبالتالى يجب عليهم اثبات خطأ الناقل للمطالبة بالتعويض ، وكذلك يمكنهم الاستناد الى المادة ١٧٨ مدنى بشأن المسئولية الناشئة عن الاشياء والتمسك بقرينة خطأ الحارس دون حاجة الى اثبات خطأ الناقل[3] .

وقد يشترط الناقل البحرى اعفائه من المسئولية عن الحوادث التى

---

(١) مازوو وتنك : المسئولية المدنية ج ٢ فقرة ٢٥٢٢

(٢) مصطفى كمال طه : الوجيز فى القانون البحرى ١٩٧١ فقرة ٤٥٥

(٣) نفس المرجع

تصيب المسافرين بسبب أخطاء الربان والتابعين البحريين وهو شرط صحيح فى القضاء لأن بطلان هـذا الشرط قاصر على نقـل البضائع طبقا لمعاهدة سندات الشحن . أما اذا اشترط الناقل اعفاءه من المسئوليـة عن أخطائه الشخصية فان هذا الشرط يكون صحيحا فى حالة الخطأ اليسير ولكنه يكون باطلا فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم من الناقل طبقا للمادة ٢١٧ مدنى [١] . وهو مسلك منتقد من جانب الفقه اذ من شأن ذلك اهدار الالتزام بسلامة المسافر الذى درج عليه القضاء فى عقود نقل الركاب [٢] .

ويجوز للناقل أن يحدد مسئوليتـه عن الاضرار التى تلحق بالمسـافر بمبلغ معين واذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للمصـاب أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت ان الناقل ارتكب غشا او خطأ جسيمـا [٣] .

ويمتنع على الناقل الاحتجاج بشرط الاعفاء من المسئولية أو تحديدها الوارد فى عقد النقل على أقارب المسافر المتوفى بسبب الحادث لأن حقهم فى التعويض انما هو حق خاص مباشر أساسه نص القانون لا العقد [٤] .

---

(١) مصطفى كمال طه : الوجيز فى القانون البحرى ١٩٧١ فقرة ٥٦٤

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٢ فقرة ٢٥٣٠

(٣) مصطفى كمال طه : المرجع السابق فقرة ٥٦٤

(٤) نفس المرجع

المبحث الثانى

حمـاية المضرور والانظمــة الجماعية للتعويض

١٤٢ – اذا كان الوجه الاول لكفالة التعويض للمضرور هو التحرر من فكرة اللوم الاخلاقى كأساس لتقرير الحق فى التعويض ، فان الوجــه الثانى لهذه الخصيصة من خصائص التعويض الاصلاحى هو تدخل الكيان الاجتماعى – عن طريق الانظمة الجماعية للتعويض – فى تعويض الاضرار . فقد لاحظ القضاء والتشريع أن حصر علاقة المسئولية فى المسئول والمضرور من شأنه تعريض المضرورين فى حالات كثيرة لمخاطر اعسار المسئولين أو مماطلتهم فى دعاوى المسئولية وفى الوفاء بالتعويض المحكوم به . لذلك نجد اتجاها حديثا نحو الانتقال بالمسئولية عن تعويض الاضرار من الفردية الى الجماعية ، بحيث يجد المضرور فى كثير من الفروض ذمة جماعية تلتزم بالتعويض تجاهه الى جانب المسئول أو فيما وراءه أو بدلا منه .

وقد بدأت جماعية التعويض عن طريق تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه – التى تحولت الى الجماعية عن طريق مسئوليــة الدولة والاشخاص الاعتبارية الخاصة عن أعمال تابعيها – ثم تحققت هذه الجماعية عن طريق السماح بالتأمين من المسئولية المدنية ، ثم بقيام نظام التأمينات الاجتماعية :

المطلب الاول : مظاهر جماعية التعويض

المطلب الثانى : علاقة المضرور بالانظمة الجماعية للتعويض .

المطلب الاول

مظاهر جماعية التعويض

١٤٣ ـ مسئولية الشخص الاعتبارى عن أعمال تابعه
١٤٤ ـ التامين من المسئولية ١٤٥ ـ التامينات الاجتماعية

١٤٣ ـ عندما أقر واضعوا التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٣٨٤/٥ مسئولية المخدومين والمتبوعين عن الاضرار التى يحدثها خدمهم أو تابعيهم فى أدائهم لوظائفهم ، وحظر على المتبوع أو المخدوم نفى الخطأ من جانبه ، فان الدافع وراء ذلك كان لايعدو تقنين أفكار القانون الفرنسى القديم مع التردد فى تبرير هذه المسئولية بين سوء الاختيار أو وضع الثقة فى من هو غير أهل لها أو قصور فى الرقابة أو الفائدة التى يجنيها المتبوع من أعمال تابعه [1] ، ومع ذلك فان مسئولية المتبوع كانت تحقق للمضرور نوعا من الضمان فى الحصول على التعويض ، اذ المتبوع عادة مايكون على قدر من اليسار بعكس التابعين أو الخدم الذين يعجزون بمفردهم عن أداء التعويض.

ورغم أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة لم تتقرر ولم تخرج فى البداية عن الفردية فى الالتزام بالتعويض ، حيث المتبوع أو المخدوم كان عادة فردا من الافراد ، فان التطور الاجتماعى والصناعى أدى الى استخدام هذه المسئولية فى استظهار جماعية التعويض ، حيث المتبوع اليوم عادة ما يكون الدولة ذاتها أو أحد الاشخاص الاعتبارية الخاصة [2] . فالنشاط الصناعى والاقتصادى يتركز فى المجتمع الحديث فى أيدى الشركات المساهمة الكبيرة.

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٩٢٠.

(٢) فينى : انهيار المسئولية الفردية ١٩٦٤ فقرة ٢٢٤ وما بعدها .

وهــذه الشركات كأشخاص اعتبارية وان لم تكن فى ذاتها نظاما جماعيــا للتعويض فهى نظم جماعية تحقق للمضرور ضمانا أكيدا فى الحصــول على التعويض عن الأضرار التى تحدث من تابعيها دون الخشية من اعسار أو عدم ملاءة هؤلاء التابعين .

وقد أقر التقنين المدنى المصرى مسئولية المتبــوع عن أعمال تابعيه فى المادة ١٧٤ . وجاء فى الاعمال التحضيرية للقانون أن أساس هذه المسئوليــة هــو الخطأ المفترض فى جانب المتبوع [1] ، وقــد جاء التطور الاجتماعى والاقتصادى فى مصر محققا أيضا لجماعية التعويض من خلال هذه المسئولية، اذ المتبوع عادة ما يكون شخصا اعتباريا فى صورة شركة من شركات القطاع العام أو أحد الأشخاص الاعتبارية .

وتبدو جماعية التعويض أيضا فى مسئولية الدولة عن أعمال تابعيها ، اذ الدولة كسلطة سياسية وتنفيذية لا تنفصــل عن الكيان الاجتمــاعى ذاته ، وبالتالى فان عبء التعويض الذى تتحمله الدولة عن أعمــال تابعيها يتحمله الكيان الاجتماعى بصفة مباشرة .

وبذلك فان مسـئولية المتبوع عن أعمال تابعه اذ تركزت اليوم من الناحية العملية فى الــدولة والاشخاص الاعتبارية أدت الى كفــالة حق المضرور فى الحصول على التعويض من ذمة جماعية لا يخشى اعسارها أو عدم ملاءتهــا وتجنيبه مخاطر عدم الحصول على التعويض بصفة فعلية .

١٤٤ ــ ومن المظاهر الاساسية لجماعية التعويض التأمين من المسئولية . ذلك أن الفكرة الجوهرية التى يقوم عليها التــأمين بوجه عــام هى توزيع

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤ وما بعدها

المخاطر على أكبر عدد ممكن من الافراد [١] ، أو على فكرة تبادل المساهمة فى الخسائر اذ مجموع المؤمنين هم الذين يساهمون فى تعويض الخسائر ولو كان المؤمن شركة مساهمة للتأمين ، فهذه الشركة ليست سوى وسيط بين المؤمنين [٢] ، فالتأمين يقوم فى الواقع على فن التضامن (technique de solidarité) [٣] وما يصدق على التأمين بوجه عام يصدق على التأمين عن المسئولية [٤].

فمع تقدم الصناعة والاقتصاد فى المجتمع الجديد وتقدم وسائل النقل تزايدت فرص وقوع الفرد فى الخطأ والتزامه بتعويض الاضرار ، وكان ذلك من المخاطر التى رأى الافراد توزيعها على بعضهم البعض عن طريق التأمين من المسئولية ليتمكنوا من مواصلة نشاطهم فى المجتمع دون الخشية من الانهيار الاقتصادى من دعاوى المسئولية .

ورغم ما تعرض له نظام التأمين من المسئولية من معارضة القضاء فى البداية فقد فرض التأمين من المسئولية نفسه على القضاء والتشريع لما يحققه من تضامن جماعى بين الافراد المعرضين لاخطار متماثلة [٥] ، حتى أن القضاء الفرنسى ذهب الى مسئولية مالك السيارة الذى لم يؤمن عن مسئوليته وسمح باستخدامها لافراد معسرين [٦].

---

(١) ريبير : النظام الديمقراطى فقرة ١٨٧ وما بعدها.
(٢) السنهورى : الوسيط جـ٧ فقرة ٥٤٣
(٣) بيكارد وبيسون : مطول التأمين البرى حـ ١ فقرة ٥٤
(٤) نفس المرجع جـ ٣ فقرة ١٢٥
(٥) نفس المرجع جـ ٣ فقرة ١٢٤
(٦) نقض فرنسى فى ٢٢ يناير ١٩٥٦ . Bull Cass . ١٩٥٦ — ١١ — ٤٤ — وانظر ايضا رسالة الدكتور برهام عطا الله حق المضرور ودعواه المباشرة تجاه المؤمن من المسئولية الاجبارية عن السيارات. باريس ١٩٦٧ فقرة ١٤ ومابعدها

لذلك لم يقف الامر عند اجازة التأمين من المسئولية للافراد حسب اختيارهم بل ان المشرع أخذ أيضا بالتأمين الاجبارى من المسئولية فى بعض الفروض وذلك حتى لايترك المضرور أمام مدين واحد عرضة لتصاريف القدر [1]. ومن ذلك فى مصر القانون رقم ٨٦/٤٢ بشأن التأمين الاجبارى من حوادث العمل والذى كان معمولا به من قبل قيام التأمينات الاجتماعية، والقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات .

فالتأمين من المسئولية مظهر هام لتحمل الكيان الاجتماعى عن طريق الذمم الجماعية به لعبء التعويض عن الاضرار بدلا من المسئول [1]، فى سبيل حماية المضرورين وهو ما يمليه التطور العام للمدنية الصناعية [2] .

١٤٥ — ومن مظاهر جماعية التعويض أيضا نظام التأمينات الاجتماعية فبعد أن كان الالتزام بتعويض الاصابة يقع على عاتق رب العمل — سواء فى فرنسا أو فى مصر — انتقل هذا الالتزام من الفردية الى الجماعية [4]. فبعد أن كان تعويض اصابة العمل من مسئولية رب العمل وفقا لقانون العمل الصادر فى عام ١٨٩٨ وقانون ١٩٤٦ صدر قانون ١٠ ديسمبر ١٩٥٦ بالزام الكيان الاجتماعى بتحمل هذا التعويض نظير اشتراكات يدفعها رب العمل

---

(١) برهام عطا الله : المرجع السابق فقرة ١٥

(٢) سافاتييه : تحولات القانون ١٩٦٤ فقرة ٢٧٥ وما بعدها

(٣) برهام عطا الله : المرجع السابق فقرة ١٦

(٤) Paul Sumien : L'evolution de le notion d'accident du travail. D. 1947, chr. P. 10

وانظر أيضا : سمير عبد السيد تناغو : نظام التأمينات الاجتماعية فقرة ١ — ٢٠ .

والعامل • وفى مصر أيضا كان رب العمل يسأل عن تعويض أصابة العمل وفقا لاحكام القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن اصابات العمل ثم صدر القانون رقم ٩٢ لسنة ٥٩ وتلاه القانون رقم ٦٣ لسنة ٦٤ بنظام التأمينات الاجتماعية•ووفقالهذا النظام الاخير أصبح الالتزام بتعويض اصابة العمل يقع على عاتق الكيان الاجتماعى عن طريق ذمة جماعيـة هى الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية •

ويبدو التزام الكيان الاجتماعى بتعويض اصابة العمل واضحا من نصوص القانون رقم ٦٣/٦٤ ليس فحسب من امتداد هذا الالتزام الى العمال الذين يشترك عنهم رب العمل فى التأمينات الاجتماعية بل أيضا من شموله لكل من يسرى عليهم قانون التأمينات الاجتماعيـة ولو لم يكن رب العمل قد اشترك عنهم فى التأمينات [١]•

ونظام التأمينات الاجتماعية يؤكد جماعيـة التعويض من وجهة آخرى حيث هو نظام اجبارى بالنسبة للعامل وبالنسبة الى رب العمل [٢]، وبالتالى

---

(١) تقضى المادة ١١٣ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بانه «تلتزم الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بالوفاء بالتزاماتها المقررة كاملة بالنسبـة لمن تسرى عليهم احكام هذا القانون ولو لم يقم صـاحب العمل بالاشتراك عنهم فى الهيئة وذلك على اساس مـدة الخدمة ومتوسط الاجر الفعلى فى السنتين الاخيرتين أو مدة الخدمة الفعلية ايهما اقل ؛ فاذا لم تتثبت الهيئة من صحة البيانات الخاصة بمدة الخدمة والاجور ربط المعاش او التعويض على اساس مدة الخدمة والاجر غير المتنازع عليها • ويؤدى المعاش او التعويض على اساس الحد الادنى للاجور فى حالة عدم امكان التثبت من قيمة الاجر ومع عدم الاخلال باحكام الفقرتين السابقتين بالمادة ١٧، يكون للهيئة حق الرجوع على صاحب العمل بجميع الاشتراكات المقررة وفوائد تأخيرها » .

(٢) تقضى المـادة ٤ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ٦٤ بانه «يكون التأمين فى الهيئة وفقا لاحكام هذا القانون الزاميا بالنسبة الى جميع اصحاب الاعمال والعاملين لديهم ولا يجوز تحميل العاملين اى نصيب فى نفقات التأمين الا فيما يرد به نص خاص » .

لايجوز لرب العمل أن يتحمل بنفسه عبء تعويض اصابة العمل بدلا من الاشتراك فى التأمينات الاجتماعية .

كما تبدو جماعية التعويض ظاهرة أيضا فى نظام التأمينات الاجتماعية من واقع أن الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية تلتزم بدلا من رب العمل بتعويض اصابة العمل ، فلا يجوز للمصاب الرجوع على رب العمل بطلب تعويض الاصابة وفقا لقواعد المسئولية المدنية ، عدا حالة الخطأ الجسيم من جانب رب العمل[١] ، وجماعية التعويض عن اصابات العمل نظمت لتتسع بصورة تدريجية بحيث تشمل أغلب الطوائف العاملة فى المجتمع وهو توسع من شأنه أن يؤدى الى تأكيد أن تعويض الاصابة هو واجب جماعى قبل أن يكون واجبا فرديا[٢].

وعلى ذلك فانه فى الحالات الخاضعة لاحكام التأمينات الاجتماعية يجد المصاب نفسه أمام ذمة جماعية تلتزم بالتعويض بدلا من رب العمل.

المطلب الثاني

علاقة المضرور بالانظمة الجماعية للتعويض

١٤٦ — جماعية التعويض والوظيفة الاصلاحية ١٤٧ — أساس جماعية التعويض ١٤٨ — جماعية التعويض وحماية المضرور ١٤٩ — العلاقة المباشرة للمضرور بالذمة الجماعية

١٤٦ — اذا كانت جماعية التعويض تعنى تدخل الكيان الاجتماعى عن

---

(١) تقضى المادة ٤٢ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣/٦٤ بانه «لايجوز للمصاب أن يتمسك ضد الهيئة بأحكام أى قانون آخر ولا يجوز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل الا اذا كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانبه» .

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن التأمينات الاجتماعية

طريق الانظمة الجماعية للتعويض أو الذمم الجماعية لتعويض المضرور، فان تنوع صور هذا التدخل أدى بدوره الى تنوع صور العلاقة بين المضرور وهذه الانظمة أو الذمم الجماعية .

على أن ذلك لايعنى اختلافا فى الفكرة الاساسية التى تستند اليها العلاقة بين المضرور وهذه الانظمة أو الذمم الجماعية : اذا أخذت المسألة من وجهة نظر الوظيفة الاصلاحية للتعويض .

١٤٧ – فأساس التزام الذمة الجماعية أو النظام الجماعى بعبء التعويض ليس هو الخطأ أو اللوم الاخلاقى . فجماعية التعويض لاتستند الى خطأ ينسب الى الذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض ولا الى مسئوليتها عن تعويض الضرر : بل هذا الالتزام بالتعويض يجد مصدره دائما فى نص القانون أو العقد .

فالشخص الاعتبارى اذ يسأل عن أعمال تابعه فان ذلك لايستند الى خطأ المتبوع وانما الى التزامه قانونا بتعويض الاضرار الناتجة عن خطأ تابعه . والتأمين اذ يغطى مسئولية المؤمن له فان ذلك انما يستند الى عقد التأمين وليس الى انتقال المسئولية الى شركة التأمين . وكذلك الشأن فى التأمينات الاجتماعية التى تتحمل بعبء التعويض عن اصابات العمل على أساس نصوص القانون متى توافرت شروط هذا التعويض .

أما المسئول الذى تتحمل عنه الذمة الجماعية أو النظام الجماعى بعبء التعويض فان أساس مسئوليته دائما هو قواعد المسئولية المدنية : اذ الفرد لايسأل عن تعويض الضرر الذى ألحقه بالغير الا اذا ألزمته قواعد المسئولية المدنية بهذا التعويض .

فجماعية المسئولية أو جماعية التعويض تعنى اذن تدخل الكيان الاجتماعى

كطرف ثالث فى العلاقة مابين المسئول والمضرور ، لاداء التعويض عن المسئول الذى حددته قواعد المسئولية المدنية . فالذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض ليس مسئولا ولكن مجرد ملتزم بالتعويض (repondant)

١٤٨ — ولكن هل يتدخل الكيان الاجتماعى فى هذه العلاقة الثنائيـة للتعويض لمصلحة المسئول أم لمصلحة المضرور ؟

لقد بدأ الامر بتدخل هـذه الذمة الاخرى فى العلاقة ما بين المسئول والمضرور لصالح المسئول نفسه ازاء ماكانت تتسم به المسئولية من الفردية. فمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه روعى فى تقريرها فى التقنين الفرنسى وفى حرمان المتبوع من دفع المسئولية بنفى الخطأ عن نفسه ما يجنيه من ربح أو منفعة من استخدامه لتابعه[1] ، فالتابع الذى عادة ما يكون من الطبقـات الفقيرة يتمتع بهذه الحماية القانونية بالتزام المتبوع معه بالتعويض عن فعله الذى صدر منه فى خدمة متبوعه أو مخدومه الذى يكون عادة على قدر من الثراء ، وهو قليلا ما يتمكن من الرجوع عليه بما أداه من تعويض .

وكذلك الشأن بالنسبة للتأمين من المسئولية الذى تبتدعه رجال الاعمال الذين يتعرضون لمخاطر متشابهة بغرض توزيع مخاطر المسئولية عن نشاطهم الصناعى أو الاقتصادى بما يحميهم من تبعات دعاوى التعويض .

ولا يختلف الامر بالنسبة للتأمينات الاجتماعية ، اذ كانت نواة هـذا النظام هى التجاء أرباب الاعمال أنفسهم الى التأمين من مسئوليتهم عن اصابات العمل ، لتوزيع مخاطر هذه المسئولية فيما بينهم .

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية . جـ ١ فقرة ٩٣ .

ولكن التحول من الفردية الى الجماعية فى علاقة المسئولية ، الذى أملته ظروف المجتمع الحديث ، أدى الى توجيه هذه الانظمة نحو حماية المضرور قبل حماية المسئول .

فقد تحققت هذه الحماية للمضرور فى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، عن طريق انتشار الاشخاص الاعتبارية وسيطرتها على كافة أوجه النشاط الذى تنتج عنه الاضرار فى المجتمع الحديث . فقد أصبح أمرا طبيعيا وغالبا اليوم أن يرجع الضرر الى فعل أفراد يستخدمون آلات أو وسائل نقل لصالح أشخاص اعتبارية عامة أو خاصة ، وعندئذ أصبح المضرور يجد اليوم أمامه ذمة أخرى مقتدرة توفيه مايستحقه من تعويض . فتحول المتبوع ذاته من الاشخاص الطبيعية الى الاشخاص الاعتبارية أدى الى كفالة حق المضرور فى التعويض من هذه الذمم الجماعية المنتشرة فى المجتمع الحديث .

كما تحققت الحماية للمضرور أيضا فى نطاق التأمين من المسئولية بتقرير دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن من ناحية وبالنص على التأمين الاجبارى من ناحية أخرى .

ففيما يتعلق بالدعوى المباشرة للمضرور قبل المؤمن فهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسى حماية للمضرور بتمكينه من استيفاء التعويض من شركة التأمين مباشرة حتى لايضار من اعسار المسئول أو مماطلته[1] . ولم يتحقق هذا التقدم فى مصر حيث لم تتقرر بعد تشريعيا للمضرور قبل المسئول دعوى مباشرة الا فى نطاق محدود هو التأمين الاجبارى من المسئولية عن حوادث

---

(١) مازو وتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٦٩٨ وما بعدها

السيارات طبقا لاحكام القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥[١] . ولكن القضاء المصرى قرر للمضرور حقا مباشرا فى ذمة المؤمن ، دون حاجة الى نص تشريعى، على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير[٢].

وفيما يتعلق بالتأمين الاجبارى من المسئولية فى فروض معينة فقد كان دافع المشرع اليها هو حماية المضرور قبل تأمين المسئول ، وهذا ما نلمسه من الالزام بالتأمين من اصابات العمل - قبل العمل بنظام التأمينات الاجتماعية - سواء فى فرنسا أو فى مصر ، وفى التأمين الاجبارى من حوادث السيارات . اذ نجد فى هذه الفروض أن تزايد الحوادث والاضرار الجسانية وعجز المضرورين عن استيفاء حقوقهم هو الذى حدا بالمشرع الى الالزام بالتأمين من المسئولية .

وكذلك الامر فيما يتعلق بنظام التأمينات الاجتماعية . فوجه حماية المضرور من تقرير هذا النظام يبدو جليا فى جعل هذا النظام نظاما اجباريا وفيما يكفله للمضرور من اقتضاء التعويض من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بمجرد توافر الشروط القانونية حتى لو لم يشترك عنه رب العمل فى التأمينات ، مع حق الهيئة فى الرجوع على رب العمل فيما بعد .

١٤٩ - وعلى ذلك فان تدخل الذمة الأخرى فى علاقة التعويض بين المسئول والمضرور انما يتم لحماية المضرور قبل كل شىء ؛ ولا يستند هذا التدخل الى فكرة الخطأ أو الذنب الاخلاقى . وهاتين الخصيصتين من شأنهما

---

(١) وفى قانون اصابات العمل الملغى رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ ورقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ورقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ .

(٢) انظر السنهورى : الوسيط ج ٧ فقرة ٨٥٤ والاحكام العديدة المشار اليها فى هامش ٢ ص ١٦٧٥

تحديد طبيعة هذا التدخل من جانب الذمة الجماعية بأن الكيان الاجتماعى يأخذ على عاتقه تحقيق الخصيصة الاولى للوظيفة الاصلاحية للمسئولية المدنية وهى كفالة التعويض — فى فروض معينة يتزايد نطاقها يوما بعد يوم — عن طريق الذمم الجماعية أو الانظمة الجماعية للتعويض •

ومتى كان تدخل الذمة الاخرى فى علاقة التعويض يتم لتحقيق كفالة التعويض ، فان ذلك يفسر نوع العلاقة بين المضرور والذمة الجماعية •

فما دامت الذمة الاخرى تأخذ على عاتقها أداء الوظيفة الاصلاحية للمسئولية المدنية لكفالة حق المضرور فى التعويض ، فان العلاقة بين هذه الذمة وبين المضرور تكون علاقة مباشرة وليست من خلال المسئول • وهذا ما يصدق على مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه حيث يجوز للمضرور اختصام المتبوع مباشرة باختصامه وحده أو بالتضامن مع المسئول [1] • ويصدق أيضا على التأمين من المسئولية فى حالة الدعوى المباشرة قبل المؤمن التى أقرها التشريع واستقر عليها القضاء • كما ينطبق نفس المنطق على علاقة المضرور بالهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية دون حاجة الى اختصام رب العمل أو اثبات مسئوليته بل يكفى اثبات الشروط القانونية لاستحقاق التعويض عن اصابة العمل •

---

(١) السنهورى الوسيط جـ ١ فقرة ٦٩٤

الفصل الثاني

عـــدالة التعـــويض

١٥٠ — قــد تأخذ قاعدة معينة حكم المبدأ القانوني المستقر بحكم التقليد والتواتر ، ولكن اعادة التقييم ودقة الفحص قد تؤدى الى الكشف عن أن هذه القاعدة فقدت صفة المبدأ لتصبح فى ذاتها استثناء. هذا مانلمسه بصدد قاعدة أن جبر الضرر لايكون الا بالتعويض الكامل ، تلك القــاعدة التى استخلصها الفقه من التقنين المدنى الفرنسى الصادر عام ١٨٠٤ واستقر عليها كمبدأ مسلم به .

فقد بدأ الاتجاه نحو الانفصال بين فكرة جبر الضرر وفكرة التعويض الكامل — الذى بدأت جــذوره الاولى فى تطبيقات محدودة فى التقنين — يتأكد يوما بعد يوم حتى أخــذ صورته الكاملة ، وذلك بفضل استخلاص الوظيفة المزدوجــة للتعويض وما ترتب عليهــا من التمييز بين التعــويض الاصـــلاحى والتعويض الرادع من ناحية ، وكنتيجــة للخصيصة الاولى للتعويض الاصلاحى وهى كفالة التعويض .

فالتعويض الاصلاحى يستند الى وقائع تتجرد من اللوم الاخــلاقى أو الذنب الادبى وتقتصر وظيفته على جبر الضرر ، وهذا النوع من التعويض يتقرر للمضرور بشتى السبل على النحو الذى أوضحناه فى كفالة التعويض

وعلى ذلك فان التعويض الاصـــلاحى اذ يتجرد فى أساسه من اللوم الاخــلاقى واذ يتصف بهذا التوسع فى تقريره ، يجب أن يكون عدلا بالنسبة لطرفى دعوى المسئوليــة . فالتعويض الاصلاحى يؤدى اذن الى

المشاركة بين المسئول والمضرور فى تحمل الاضرار [1]، وأساس هذا المبدأ من ناحية المسئول أن التعويض الاصلاحى ليس جزاء نه عن اعتدائه على القاعدة الاخلاقية، كما أنه من ناحية المضرور يعد ضريبة الحماية التى كفلها له التشريع والقضاء بالتوسع فى تقرير التعويض .

وقد تحققت عدالة التعويض التى يتصف بها التعويض الاصلاحى، بالتوسع التدريجى فى الاستثناءات التشريعية التى كانت معروفة فى البداية ـ وهى قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع متى كان المدين حسن النية وعلى التحديد الاتفاقى للتعويض وعلى الفوائد التأخيرية ـ الى التعويض الجزافى فى اصابات العمل والتحديد القانونى للمسئولية فى نطاق النقل البحرى والنقل الجوى .ولم يقف الامر عند هذه الاستثناءات التشريعية ، بل استوعب القضاء بدوره ما بقى من نطاق للتعويض الكامل وذلك بالاتجاه نحو عدالة التعويض عن طريق الاعتداد بثروة طرفى دعوى المسئولية أو الاعتداد بعدم جسامة الخطأ عند تقدير التعويض وخاصة فى تعويض الضرر الادبى ، أو عن طريق التزام المعايير التشريعية التى تؤدى الى عدالة التعويض .

وبذلك فان عدالة التعويض تستوعب اليوم كل نطاق التعويض الاصلاحى سواء كان تقدير هذا التعويض تقديرا قانونيا أو اتفاقيا أو قضائيا :

المبحث الاول : التحديد القانونى لمدى التعويض

المبحث الثانى التقدير الاتفاقى للتعويض

المبحث الثالث التقدير القضائى للتعويض

---

(١) ريبير النظام الديموقراطى فقرة ١٨٥ ـ ١٩٧

المبحث الاول

التحديد القانونى لمدى التعويض

١٥١ — من الوسائل التى حقق بها المشرع عدالة التعويض — لما يتصف فيها التعويض الكامل من عدم التناسب مع خلو أساس الالتزام بالتعويض من الذنب الاخلاقى — فكرة التعويض الجزافى التى بدأت بالفوائد التأخيرية وامتدت الى تعويض اصابات العمل • كما حقق المشرع أيضا عدالة التعويض عن طريق التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى أو الجوى :

المطلب الاول : التعويض الجزافى

المطلب الثانى : التحديدالقانونى لمسئولية الناقل البحرى أوالجوى

المطلب الاول

التعويض الجزافى

١٥٢ — التاخير فى اداء مبلغ من النقود

١٥٣ — الفوائد التاخيرية

١٥٤ — تعويض اصابة العمل

١٥٥ — فى التامين البحرى

١٥٢ — من حالات التحديد الجزافى للتعويض الفوائد التأخيرية • فقد يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار يلتزم المدين بادائه • ومع ذلك فهو يتأخر فى هذا الاداء ، فيجب اذن أن يلزم بتعويض الدائن عن حرمانه

من هذا المبلغ طوال مدة التأخير[١]. وهذا التعويض يتطلب الخطأ والضرر ولكن طبيعة الالتزام هنا من شأنها أن تؤثر على أركان المسئولية وعلى جزائها.

فالخطأ هنا يتمثل فى مجرد التأخير فى سداد مبلغ من النقود التزم به المدين واستحق أداؤه [١]، سواء كان مصدر هذا الالتزام هو العقد أو القانون. فالخطأ فى هذا الفرض يتمثل فى واقعة مادية، وهى مجرد عدم الوفاء فى الميعاد دون حاجة لبحث مسلك المدين ودون أن يكون لحسن نيته تأثير على مسئوليته. فلو كان المدين فى ضائقة مالية مفاجئة أو بذل ماوسعه من جهد وحرص ومع ذلك أخفق فى الوفاء فى ميعاد الاستحقاق، انعقدت مسئوليته رغم ذلك.

وبالنسبة للضرر فان ذلك أمر يتفاوت من دائن الى آخر تفاوتا كبيرا ومتنوعا لايحكمه مقياس ولا تصلح معه وسائل الاثبات العادية، وذلك بسبب أوجه الاستعمال المختلفة للنقود. على أنه يمكن القول أن الدائن يلحقه عادة ضرر ما من جراء تأخر المدين فى الوفاء فى الميعاد وهو غالب الامور[٢].

وفيما يتعلق بالتعويض فان ما يفوت على الدائن من كسب وما يلحقه

---

(١) مازووتنك: المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٢٤٢

(٢) ويقول الاستاذ السنهورى انه من ثم نستبدل بشرط الخطأ شرط التأخر فى الوفاء (الوسيط جـ ٢ فقرة ٥٠٦ ص ٨٩١).

(٣) اسماعيل غانم: أحكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٥٣ هامش ١ ص ١٣٢ من ان القانون يفترض تحقق الضرر افتراضا لا يقبل اثبات العكس وذلك على أساس انه حتى لو ثبت أن الدائن كان فى غير حاجة الى النقود فان تخلف المدين عن الوفاء قد حرمه من استثماره.

من خسارة يتراوح بين غلو فاحش فى التقدير وبخس شديد ، دون أن يكون هذا أو ذاك أمرا مستبعدا أو غير مقبول وذلك بسبب ما تلعبه النقود اليوم من دور أساسى فى كل شئون الحياة .

١٥٣ - ازاء ذلك كان أمرا حتميا أن تتسم المسئولية فى هذه الحالة بالصفة الموضوعية البحتة والمجردة سواء فى قياس الخطأ أو مدى الضرر أو تقدير التعويض فيقرر المشرع نمطا واحدا للخطأ والضرر والتعويض ، يستوى أمامه كل دائن وكل مدين وينتهى بالمسئولية عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود الى الالتزام بالفوائد التأخيرية [1] ، فليس هناك من حاجة الى اثبات خطأ المدين بل يكفى تأخره فى الوفاء بذاته كواقعة مادية ، وهو يكفى لافتراض أن الدائن قد لحقه ضرر وأن جبر هذا الضرر تكفى فيه الفوائد التأخيرية [2] ، وهى نسبة معينة يحددها القانون أو يحددها الاتفاق

---

(١) هناك فوائد تعويضية يشترطها الدائن على المدين بسبب حرمانه من النقود محل الالتزام طوال مدة بقائها تحت يد المدين باتفاق الطرفين ، كما فى عقد القرض . وهذه وان كانت تدخل فى فكره الفوائد الا انها ليست جزاء على اخلال المدين بالتزامه ، بل هى مقابل الانتفاع بالنقود فاستحقاق الفوائد هنا يقوم على فكرة المنافع المتبادلة بين طرفى العلاقة التعاقدية وليس على فكرة الجزاء .

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية ، جـ ٢ فقرة ٢٣٣٥ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجييه : جـ ٢ فقرة ٨٤٧ ومابعدها - كولين وكابيتان ودى لاموراندير : جـ ٢ فقرة ٩٠٠ وما بعدها - كاربونييه جـ ٢ فقرة ٥٣١ وما بعدها - بلانيول وريبير ورودوان جـ ٧ طبعة ثانية فقرة ٨٧٦ وما بعدها - ويقول الاستاذ السنهورى أن من الاسباب الرئيسية ايضا لتحديد التعويض هنا بالفوائد المحددة قانونا أو اتفاقا بسعر اقصى هو كراهية تقليدية للربا لا فى مصر وحسب ولا فى البلاد الاسلامية وحدها بل فى اكثر تشريعات العالم (الوسيط جـ ٢ فقرة ٥٠١ ص٨٨٢)

بمــا لا يتجــاوز الحــد الاقصى القــــانونى .

ولذلك تقضى المــادة ٢٢٦ مدنى بأنه «اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره» .

وبعد أن أجازت المادة ٢٢٧ للاطراف الاتفاق على سعر آخر للفــوائد بحد أقصى قدره سبعة فى المــائة ، تنص المــادة ٢٢٨ على أنه «لايشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير» .

والفوائد التأخيرية هى صــورة صادقة للتعويض العادل الذى يحقق جبر الضرر بصورة معتدلة عند خلو أساس المسئولية من الذنب أو اللوم الاخلاقى ، فليس أكثر عدالة بالنسبة للمدين والدائن من هذه الموضوعيــة التى تتجرد من الضرر الحقيقى الذى أصاب الدائن والذى قد يبلغ حــدا مرهقــا للمدين . وهــذا التعويض العــادل يؤكــد أيضا أن جبر الضرر لايشترط التعويض الكامل فهــذه ارادة المشرع تشير الى أن مثل هــذا التعويض الجزافى يكفى لجبر الضرر ولا يحق للدائن ان يطــالب بتعويض الاضرار الفعلية .

١٥٤ — ومن تطبيقات التعويض الجزافى أيضا مسئولية رب العمل عن تعويض الاضرار الناتجة عن اصابة العمل ، وهى مسئولية موضوعية تقوم على فكرة التبعة دون اشتراط خطأ من رب العمل . وقد بدأ ظهور هذا النوع من المسئولية فى فرنسا فى نهاية القرن التاسع عشر كمظهر لاستجابة المشرع

لما نادى به بعض الفقه الفرنسى من قيام المسئولية على فكرة تحمل التبعة بدلا من الخطأ.وقد كانت اصابات العمل هى المجال الهام الذى أظهر قصور النظرية الشخصية للمسئولية عن ملاحقة التطور الصناعى السريع الذى أدى الى ازدياد عدد حوادث العمل وصعوبة اثبات الخطأ فيها .

وقد صدر أول تشريع لتعويض اصابات العمل فى فرنسا فى ٩ ابريل ١٨٩٨ ويقضى بمسئولية رب العمل عن حوادث العمل . فاذا أصيب العامل أثناء العمل أو بسببه استحق تعويضا جزافيا لايصل الى مرتبة التعويض الكامل ، ولاتنتفى مسئولية رب العمل بنفى خطئه أو اثبات خطأ المضرور أو الغير وانما تنتفى باثبات الخطأ العمد من العامل المصاب.وفى نفس الوقت لايجوز للعامل المصاب أن يترك المطالبة بهذا التعويض الجزافى الى المطالبة بالتعويض الكامل على أساس القواعد العامة للمسئولية المدنية حتى لو أثبت خطأ رب العمل[1] .وقد امتد نطاق تطبيق قانون اصابات العمل فى فرنسا الى ميدان التجارة والزراعة والخدمة المنزلية وأدمجت هذه التشريعات فى تشريع موحد صدر فى ١٩ أكتوبر ١٩٤٥ ثم فى ٣٠ أكتوبر ١٩٤٦ ، الى أن استبدل هذا التشريع بقانون التأمينات الاجتماعية (Securité Sociale) الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٥٦ .

وفى مصر أخذ المشرع بالمسئولية الموضوعية لرب العمل عن اصابات العمل وذلك بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ثم القانون ٨٩ لسنة ١٩٥٠ ثم بالقانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٥٨ . وهذه القوانين المتعاقبة تقضى للعامل المصاب أثناء العمل أو بسببه بالحق فى تعويض جزافى لايصل الى مرتبة التعويض

---

(١) ولكن اذا بلغ خطأ رب العمل مرتبة الخطأ الذى لا يغتفر فان ذلك يؤدى الى زيادة فى التعويض واذا بلغ مرتبة الخطأ العمد جاز للعامل الالتجاء الى قواعد المسئولية المدنية على ما سنبينه فى تطبيقات شخصية التعويض .

الكامل مع حرمانه من اللجوء الى القواعد العامة للمسئولية المدنية ، ما لم تكن الاصابة ناتجة عن خطأ جسيم من جانب رب العمل.على أن المصاب لايستحق تعويض الاصابة اذا كانت هذه الاصابة قد نتجت عن عمد من جانبه أو بسبب سوء السلوك الفاحش أو المقصود من جانب العامل .

فهذا التعويض الذى لايستند الى الخطأ أو الى الذنب الاخلاقى يجب أن يتصف بالعدالة بحيث لايصل الى التعويض الكامل[1] .وفى هذا استقلال لفكرة جبر الضرر عن فكرة التعويض الكامل. فارادة المشرع هنا هى التى تحدد كيف يجبر الضرر وما يكفى لجبره من وجهة نظر العدالة .

١٥٥ — ومن صور التعويض الجزافى أيضا ما نصت عليه المادة ٣٨٥ من التقنين التجارى الفرنسى من أنه فى حالة المبالغة بحسن نية من المؤمن له فى قيمة الشىء فى التأمين البحرى فان المؤمن يستحق تعويضا مقدرا جزافا بواقع نصف فى المائة من قيمة الزيادة [2]. وهذا هو ما أخذت به المادة ٢٠٠ من القانون التجارى البحرى المصرى من أنه اذا كان المؤمن له حسن النية وغالى فى تقويم الشىء المؤمن عليه خطأ منه فان عقد التأمين يكون صحيحا فى حدود القيمة الحقيقية للشىء المؤمن عليه وباطلا بالنسبة الى الزيادة ، ولايستحق المؤمن قسط التأمين على هذه الزيادة فى القيمة ، وانما يأخذ فقط بصفة تعويض نصف فى المائة من مبلغ الزيادة أو نصف قسط التأمين على الزيادة اذا لم يبلغ جميعه واحدا فى المائة[3] .

(١) مازووتنك : المسئوليه المدنيه ج ٢ فقرة ٢٣٤٣

(٢) مازووتنك : المسئوليه المدنية ج ٢ فقرة ٢٣٤٤

(٣) مصطفى كمال طه : الموجز فى القانون البحرى ، فقرة ٦٤٥

المطلب الثانى

التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى والجوى

١٥٦ - وقد يصل المشرع الى عدالة التعويض عن طريق التحـديد القانونى للمسئولية ، وهو اتجاه حديث من المشرع يرمى من ناحية الى الحد من اتفاقات التخفيف من المسئولية والاعفاء منها[1] ، ومن ناحية أخرى الى حماية المسئول ذاته من مخاطر التزامه بالتعويض الكامل[2].

والتحديد القانونى للمسئولية يجد مجال تطبيقه الظاهر فى مسئوليـة الناقل. ذلك أن الزام الناقل بتعويض كامل عن الاضرار الناتجة عن عمليات النقل من شأنه أن يؤثر من الناحية الاقتصادية على نشاط الناقلين ويؤدى الى احجامهم عن هذا النوع من النشاط الضرورى أو الى رفع أسعار النقل لمواجهة التعويضات الكاملة التى يلتزمون بها طبقا للقواعد العامة للمسئولية المدنية . ومن ناحية أخرى فان التعويض الكامل لايتفق مع مسئولية الناقل التى تبتعد فى أساسها عن الاعتداء على قواعد الاخلاق ، وذلك ازاء ظروف عمليات النقل التى تتم بواسطة تابعين يعملون بعيدا عن رقابة الناقل وسيطرته ويتمتعون بحرية كاملة فى التصرف ، هذا فضلا عن استقرار القضاء على أن التزام الناقل بسلامة الركاب يعد التزاما بنتيجة ولا يعفى الناقل من المسئولية عن الاضرار التى تصيب الركاب بنفيه الخطأ من جانبه.

---

(١) مازوونك : المسئولية المدنية ج ٢ فقرة ٢٥٩٨

(٢) نفس المرجع فقرة ٢٣٤٦

ففى القانون البحرى يجوز لمالك السفينة أن يتخلص من المسئولية عن أعمال القبطان بترك السفينة والاجرة. فرغم هجر القواعد الحديثة للمسئولية المدنية للمبدأ العتيق بالتخلى عن الشىء الذى سبب الضرر [١]، فان مخاطر النقل البحرى وعدم امكان سيطرة مالك السفينة على أعمال القبطان أو رقابته دعت الى اقرار هذه المسئولية المحدودة [٢] . وتقضى معاهدة سندات الشحن الموقعة فى بروكسل فى ٢٥ أغسطس ١٩٢٤ [٣]، بأنه يجوز لمالك السفينة أن يدفع قيمة السفينة وأجرة النقل أو أن يدفع مبلغا جزافيا بواقع ثمانية جنيهات انجليزية عن كل طن من الحمولة الصافية للسفينة وثمانية جنيهات انجليزية أخرى عن كل طن من الحمولة اذا نجم عن الحادث وفاة أو اصابات بدنية، ليبرأ من المسئولية عن التزامات الربان أو التابعين البحريين . ولا يسرى هذا التحديد، ويسأل المالك مسئولية مطلقة غير محدودة، فى الحالات التى تصدر فيها أخطاء شخصية منه. وفى ذلك تأكيد لأن تحديد المسئولية فى هذه الحالة يقوم على أن عدالة التعويض ترتبط بابتعاد أساس المسئولية

---

(١) سوردا : المسئولية المدنية، طبعة سادسة ج ٢ فقرة ١٤٠٧ و١٤٠٨ - بودرى لاكانتينرى وبارد، طبعة ثانية ج ٦ فقرة ٢٩٥٣ - مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٤٧

(٢) ريبير : القانون البحرى، الطبعة الرابعة ج ٢ فقرة ١٢٢٨ وما بعدها - مصطفى كمال طه، الوجيز فى القانون البحرى ١٩٥٥ فقرة ٩٦

(٣) وانضمت مصر على هذه المعاهدة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠، واحتفظت لنفسها بالحق فى تنظيم الملاحة الساحلية وفقا لتشريعها الخاص، وقد صدر مرسوم باصدار المعاهدة فى ٣١ يناير ١٩٤٤ على ان يعمل بها اعتبارا من ٢٩ مايو ١٩٤٤ .

عن الذنب الاخلاقى [1] .

١٥٧ — كذلك نجد أن التعويض الكامل لايتفق مع المخاطر التى يتحملها الناقل البحرى للبضائع ، ولذلك سعى الناقلون البحريون فى البداية الى اشتراط الاعفاء من المسئولية مما ادى الى ارهاق الشاحنين وشركات التأمين . ولذلك سعى المشرع فى كثير من الدول الى الحد من شروط الاعفاء من مسئولية الناقل البحرى فى مقابل تحديد هذه المسئولية [2] . وقد أقرت هذا المسلك معاهدة سندات الشحن الموقعة فى بروكسل فى ٢٥ أغسطس ١٩٢٤ فيما يتعلق بالنقل الدولى للبضائع المنقولة بسندات شحن . فنصت المعاهدة على بطلان شروط الاعفاء من المسئولية بطلانا مطلقا عدا حالات المسئولية الناتجة عن عدم صلاحية السفينة للملاحة أو الاخطاء فى الملاحة أو فى ادارة السفينة أو القوة القاهرة . وفى مقابل ذلك عالجت المعاهدة ما يتصف به التعويض الكامل فى هذا الشأن من عدم التناسب مع ظروف الناقل والتزاماته فنصت على تحديد مسئوليته بتعويض وسط عن الضرر الذى يلحق بالشاحن . فتقضى المادة ٤ فقرة ٥ من المعاهدة بأنه لايلتزم الناقل أو السفينة فى أى حال من الأحوال بسبب الهلاك أو التلف اللاحق بالبضائع أو ما يتعلق بها بمبلغ يزيد على مائة جنيه استرلينى عن كل طرد أو وحدة أو على مايعادل هذه القيمة بعملة أخرى . واذا قل الضرر عن ذلك فان الشاحن لايستحق

---

(١) ويعرف القانون الفرنسى صورة اخرى للمسئولية المحدودة فى نطاق النقل البحرى وهو مبدا المسئولية المحدودة للقبطان ، حيث يجوز للقبطان ان يتخلص من مسئوليته تجاه مالك السفينة عن اعماله الضارة فى ادائه لوظيفته بان يتخلى عن الكفالة التى قدمها لمالك السفينة ، ولا يتمتع القبطان بهذا الحق فى حالة خطئه العمد (مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢/٢٣٤٧ و ٤/٢٣٧١).

(٢) مصطفى كمال طه : الوجيز فى القانون البحرى ١٩٥٥ فقرة ٤٠٠ ومابعدها

الا تعويضا مماثلا لما لحقه من ضرر . وهــذا التحديد القانونى لمسئولية لناقل لايسرى فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم على ما سنرى .

١٥٨ — ونجد نفس الحكم أيضا فى مسئولية الناقل الجوى . فتقضى المادة ٢٢ (معدلة) من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المــدنى الموقعة فى ١٢ أكتوبر ١٩٢٩[1] على أنه :

«١ — فى حالة نقل الاشخاص تكون مسئوليــة الناقل قبل كل راكب محدودة بمبلغ مقــداره (٢٥٠ ألف فرنك).على أنه فى الحالات التى يجيز فيها قانون المحكمة المعروض عليهــا النزاع أن يكون التعويض فى صورة مرتب فلا يجوز أن يزيد رأس المــال عن الحد المــذكور ومع ذلك يجوز للراكب بناء على اتفاق خاص مع الناقل أن يحدد للمسئولية مبلغا أكبر».

« ٢ — وفى حالة نقل الامتعة المسجلة أو البضائع تكون مسئولية الناقل محدودة بمبلغ مقداره (٢٥٠ فرنكا) عن كل كيلوجرام ، مالم يقدم المرسل منه عند تسليم الطرد الى الناقل اقرارا خاصا يبين فيه مدى ما يعلقــه من أهمية على تسليم الطرد الى الجهة المرسل اليها ومالم يدفع مقــابلا لذلك رسما اضافيا اذا اقتضى الامر . وعنــدئذ يكون النــاقل ملزما بأن يدفع التعويض بحيث لا يتجاوز حــد المبلغ المبين فى الاقرار مالم يقــدم الناقل

(١) وافقت مصر على هذه الاتفاقية بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ الصادر فى ٧ ديسمبر ١٩٥٥ وصدر قرار وزير الخارجية المصرية بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٥٥ بنشرها فى الجريدة الرسمية والعمل بها اعتبارا من ٥ ديسمبر ١٩٥٥ (الوقائع المصرية العدد رقم ١٠٠ فى ٢٦ ديسمبر ١٩٥٥)

الدليل على أن هذا المبلغ يجاوز مدى الاهمية الحقيقية التى يعلقها المرسل منه على تسليم الطرد » •

«٣ – أما فيما يتعلق بالحاجيات التى يحتفظ بها الراكب فتكون مسئولية الناقل محدودة بمبلغ (خمسة آلاف فرنك) لكل راكب» •

«٤ – ليس من شأن الحدود المذكورة فى هذه المادة أن تحول دون أن تقضى المحكمة أيضا بالتطبيق لقانونها بمبلغ يقابل كافة أو بعض النفقات والمصاريف الاخرى للقضية مما يطالب به المدعى • ولايسرى حكم هذا النص اذا كان مبلغ التعويض المقضى به دون النفقات والمصاريف الاخرى للقضية لايزيد على المبلغ الذى عرضه الناقل كتابة على المدعى خلال ستة شهور من تاريخ الواقعة التى تسبب عنها الضرر أو قبل رفع الدعوى اذا كانت قد رفعت بعد انتهاء هذه المدة » •

«٥ – ويكون تقدير المبالغ المبينة أعلاه بواقع الفرنك الفرنسى الذى يشتمل على ٥ ملجم ونصف من الذهب عيار ٩٠٠ من الالف ذهبا خالصا• وتكون قابلة للتحويل الى أى عملة وطنية فى أرقام صحيحة ويجرى تحويل هذا المبلغ عند التقاضى الى عملات وطنية غير النقد بالذهب وفقا للقيمة الذهبية لتلك العملات يوم صدور الحكم» •

وليس تحديد المسئولية بقاصر على مسئولية الناقل البحرى والجوى فحسب ، بل أن التشريع الفرنسى يتجه الى هذا التحديد فى أحوال شتى توجبها الضرورة العملية ولا يصلح بشأنها التعويض الكامل ، ومن ذلك مسئولية هيئة البريد والسكك الحديدية ومستغل الطائرة ومسئولية

صاحب الفندق (١).

---

(١) ذلك أن القانون الفرنسي يقضي بتحديد مسئولية هيئة البريد عن فقد الطرود البريدية بمبلغ محدد عن كل طرد أو وحدة (مازوونك : المسئولية المدنية جـ٣ فقرة ٢/٢٣٤٨) وهي ما أخذ به المشرع المصرى فى القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٧٠ بنظام البريد بتحديد مسئولية هيئة البريد بمبلغ محدد عن فقد الرسائل المسجلة والطرود وتلفها أو سرقتها أو اختلاسها . ومن ذلك ايضا النقل الدولى للبضائع بالسكك الحديدية (مازوونك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٣٤٥) والنقل الداخلى بالسكك الحديدية (مازوونك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢/٢٣٤٨) .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بمسئولية مستغل الطائرة عن الاضرار التى تلحق بالغير على سطح الارض والتى تقوم بقوة القانون ولا تنتفى بنفى الخطأ او باثبات القوة القاهرة وانما يدراها فقط اثبات خطأ المضرور (ستارك : نطاق وأساس المسئولية بغير خطأ ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٨ ص ٤٧٥ وما بعدها فقرة ٧) اذ نصت معاهدة روما الموقعة فى ٧ اكتوبر ١٩٥٢ (م١١) على تحديد هذه المسئولية عن الضرر المادى برقم يتناسب مع حمولة الطائرة وبالنسبة للضرر الذى يلحق الافراد بمبلغ خمسمائة فرنك ذهب لكل شخص تلحقه الوفاة أو الجراح من ذلك . ولكن يستبعد هذا التحديد القانونى لمسئولية مستغل الطائرة اذا ابيت ان الضرر نتج عن فعل أو ترك ارادى مقترن بنية احداث الضرر (م ١٢) من جانب مستغل الطائرة أو تابعيه فى ادائهم لوظائفهم (مازوونك : المسئولية المدنية جـ٣ فقرة ٢/٢٣٤٨ و ٣/٢٣٧١) .

وكذلك تقضى المادة ١٩٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى المعدل بقانون ١٨ سبتمبر ١٩٤٨ على تحديد مسئولية صاحب الفندق بمبلغ مائتى فرنك عن فقد او سرقة اشياء النزلاء والتى لاتكون مودعة لدى ادارة الفندق . ولا يسرى هذا التحديد فى حالة الغش او الخطأ الجسيم من صاحب الفندق ، وان كان القضاء الفرنسى يعمل أحيانا هذا الالغاء لتحديد المسئولية فى حالة الخطأ اليسير من صاحب الفندق وهو ماكان محل انتقاد من الفقه (مازوونك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٣٤٩)

المبحث الثاني

التعـــويض الاتفـــاقي

١٥٩ ـ التعويض الاتفاقي ١٦٠ ـ التعويض الاتفاقي وعدالة التعويض

١٥٩ ـ والى جانب الوسائل التشريعية التى ترمي الى بلوغ عدالة التعويض ثمة وسيلة اتفاقية تتمثل فى الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي. فقد يدرك المتعاقدان من واقع ظروف العقـد ومدى التزاماتهما المتقابلة أن التعويض الذى يقدر وفقا للقواعد العامة عن الاخلال بالعقد لايكون عادلا بالنسبة لاحدهما أو لكليهما ، لذلك فان المشرع يصرح لهمـا بتحديد قيمة التعويض مقدما بما يتفق والعدالة من وجهة نظرهما المشتركة .

ويختلف تنظيم الشرط الجزائي فى القانون الفرنسي عنه فى القـانون المصري. فالقانون الفرنسي يقوم أساسا فى تنظيمـه للشرط الجزائي على الاحترام الكامل لارادة الطرفين. فتقضي المـادة ١١٥٢ من التقنين المـدني الفرنسي بأنه اذا اشترط فى الاتفاق أن الطرف الذى يخل بالتزامه يلتزم بأن يدفع مبلغا معينا بصفة تعويض ، فانه لايسمح للطرف الآخر باقتضاء مبلغ أقل أو أكثر . ولذلك ذهب الفقه والقضاء الفرنسي الى أن الشرط الجزائي هو فى حقيقته تعويض جزافى [1] . وفيما عدا حالة الغش أو الخطأ الجسيم

---

(١) مازوو وتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٦٢٦ ـ ديموج : الالتزامات ج ٦ فقرة ٤٤٣ وما بعدها ـ بلانيول وريبير وردوان ج ٧ طبعة ثانية فقرة ٨٦٦ وما بعدها ـ بلانيول وريبير وبولانجيه : ج ٢ فقرة ٨٣٤ وما بعدها ـ كولين وكابيتان ودى لاموراندير : ج ٢ فقرة ٩١٥ وما بعـدها ـ كاربونييه : فقرة ١٦١ وما بعدها .

وحالة التنفيذ الجزئى فان القاضى لايملك تعديل قيمة الشرط الجزائى بالزيادة أو النقصان. ولايكلف الدائن باثبات أن ضررا قد لحقه من جراء عدم التنفيذ بل يكفيه اثبات عدم التنفيذ ذاته لاقتضاء قيمة الشرط الجزائى ولو لم يصبه أى ضرر ، ما لم يكن عدم التنفيذ راجعا الى سبب أجنبى أو فعل الدائن[1] . فاذا كانت قيمة الشرط الجزائى تجاوز مدى الضرر وأراد الدائن التمسك به فانه لايكلف الا باثبات عدم التنفيذ ووجود الشرط الجزائى ، أما اذا كانت قيمة الشرط الجزائى تقل عن مدى الضرر وأراد المدين التمسك به لتخفيف مسئوليته فانه يكلف باثبات وجود الشرط الجزائى[2] . وهذه الخصائص التى تميز تنظيم الشرط الجزائى فى التقنين الفرنسى بالسماح باقتضائه رغم انتفاء الضرر أو المبالغة فى قيمته بما يجاوز الضرر وعدم جواز تعديله ، عدا حالة التنفيذ الجزئى والغش أو الخطأ الجسيم من المدين ، دعت الفقه الفرنسى الى تسميته أحيانا بأنه عقوبة[3] .

أما المشرع المصرى فقد حرص على ربط الشرط الجزائى بفكرة التعويض بصورة كاملة فى المواد ٢٢٣ الى ٢٢٥ من التقنين المدنى . فتنص المادة ٢٢٣ على أنه «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد أو فى اتفاق لاحق، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ الى ٢٢٠» . وتنص المادة ٢٢٤ على أنه «لايكون التعويض الاتفاقى مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر . ويجوز للقاضى أن يخفض هذا

---

(١) مازو وتنك : المسئولية المدنية ج ٢ فقرة ٢٦٢٦ - بلانيول وريبير وردوان ج ٧ طبعة ثانية فقرة ٨٦٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه : ج ٢ فقرة ٨٣٨ - كولين وكابيتان ودى لامراندير ج٢ فقرة ٩١٧

(٢) مازو وتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٦٢٦

(٣) مازو وتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٦٣٦ وهامش ٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٧٥٢ - ايجنى : المرجع السابق ص ١٧٠ وما بعدها .

التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، أوأن الالتزام الاصلى قد نفذ فى جزء منه. ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » . وتقضى المادة ٢٢٥ بأنه «اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما »[1].

١٦٠ - والذى يعنينا من فكرة الشرط الجزائى هو تأكيد أن جبر الضرر لايشترط التعويض الكامل بصورة حتمية وأن التعويض العادل يكفى لجبر الضرر الناتج عن الخطأ اليسير. فالشرط الجزائى قد يقل فى بعض الفروض عن مدى الضرر وبالتالى عن التعويض الكامل ، ومع ذلك فلايجوز للدائن أن يطالب بزيادة التعويض الاتفاقى الى مستوى التعويض الكامل طالما أن المدين لم يرتكب غشا أو خطا جسيما .

والمشرع اذ يحترم ارادة الطرفين فى تحقيق جبر الضرر بتعويض اتفاقى يقل عن التعويض الكامل فان ذلك لايفسر على ماتعتقد الا بفكرة عدالة التعويض. حقا يمكن القول بأن الطرفين افترضا مقدما أن الضرر الذى

---

(١) والشرط الجزائى ليس قاصرا على المسئولية العقدية بل يمكن تصوره ايضا فى المسئولية التقصيرية كما فى حالة الاخلال بالزواج او فى حالة ابطال بيع ملك الغير (السنهورى : الوسيط ج٢ فقرة ٤٧٧ ص٨٥١ وهامش ٢ - ديموج الالتزامات ج ٤ فقرة ٥٥١ - مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٦٤١) . وانظر ايضا المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى المصرى «ليس الشرط الجزائى فى جوهره الا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب اداؤه . فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب التعويض . بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد فى بعض الصور ؛ وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى...» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٢)

سينتج من عدم التنفيذ يعادل التعويض الاتفاقى المقــدر فى العقد ولكننا نواجه الفرض الذى يثبت فيه الدائن أن الضرر الحقيقى يجاوز بكثير قيمة الشرط الجزائى . ففى هــذه الحالة لا يفسر رفض طلب الدائن بالتعويض الكامل بأن ارادته قد انصرفت مقدما الى قبول تعويض محدد ، اذ أن مدى الضرر فى هذه الحالة يكون قد تجاوز ما ارتضــاه الدائن وبالتالى يكون من التجاوز القول بأن ارادته انصرفت اليه . وانمــا الاقرب الى المنطق القول بأن العــدالة فى التعويض توجب الاعتداد بهذا التعويض الاتفاقى بالنظر الى أن ظروف التعاقد ومدى التزامات كل من الطرفين قبل الآخر قد تحددت على ضوء قيمة الشرط الجزائى ، وبالتالى يكون التعويض الكامل غير عادل بالنسبة الى هذه الظروف .

المبحث الثالث

التقدير القضائي للتعويض

١٦١ – اذا لم يوجد نص أو اتفاق يقدر التعويض فان القاضي هو الذي يقدره . وقد حدد المشرع للقاضي العناصر التي يجب أن يضعها في اعتباره عند تقدير التعويض ، وهي عناصر من شأنها أن تؤدي الى التعويض الكامل الذي يجبر كل الضرر الذي لحق بالمضرور .

وفي ذلك تنص المادة ١٧٠ مدني على أنه «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور طبقا لاحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيا في ذلك الظروف الملابسة ، فاذا لم يتيسر وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير» .

وتقضي المادة ٢٢١ بأنه «اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد» .

وتقضي المادة ٢٢٢ بأنه «يشمل التعويض الضرر الادبي أيضا . ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق . ؟

طالب به الدائن أمام القضاء. ومع ذلك لايجوز الحكم بتعويض الا للازواج والاقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب» .

فالقاعدة اذن فى التعويض القضائى هى التعويض الكامل الذى يشمل الضرر المباشر ، ومالحق المضرور من خسارة ، ومافاته من كسب ، والضرر الأدبى [1] ، مع عدم التأثر ببساطة الخطأ [2] ، أو بمدى ثروة الطرفين [3] .

ولكن القضاء مع ذلك لايتقيد بالتعويض الكامل فى حالة التعويض الاصلاحى الذى لايستند الى الذنب أو اللوم الاخلاقى . وسبيل القضاء الى تقرير هذا التعويض الاصلاحى العادل الذى لايصل الى مرتبة التعويض الكامل هو التقيد بالمعايير التشريعية لعدالة التعويض من ناحية ، والاعتداد

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٥٨ و ٢٣٥٩ ــ بلانيول وريبير وروددان ج ٧ طبعة ثانية فقرة ٨٥٥ ــ بلانيول وريبير وبولانجيه : ج٢ فقرة ١١٥١ ومابعدها ــ سافاتييه : المسئولية المدنية طبعة ثانية ج ٢ فقرة ٦٠٢ ــ لالو : المسئولية المدنية فقرة ٧١ ــ ليسبين ريبير : المرجع السابق فقرة ٥٦و٧٧ وما بعدها .

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية ج٢ فقرة ٢٣٦٤ ــ بلانيول وريبير وروددوان ج٧ طبعة ثانية فقرة ٨٥٥ ــ بلانيول وريبير وبولانجيه : ج ٢ فقرة ٩٦٥ و١١٥٢ ــ بلانيول وريبير واسمان ج٦ فقرة ٦٨١ ــ دى باج : ج ٢ طبعة ثالثة ١٩٦٤ فقرة ١٠٢٢ ــ سوردا : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٦٥٦ ــ لوران ج ٢٠ فقرة ٥٣٠ ــ بوكرى وبارد : طبعة ثالثة ج ٤ فقرة ٢٨٧٤ ــ ديموج الالتزامات ج٤ فقرة ٤٥٣ و٤٦٦ ــ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٧٩ ــ رابو : المرجع السابق فقرة ١١٦ ــ ليسبين ريبير : المرجع السابق فقرة ٨٨

(٣) مازووتنك : المسئولية المدنية ج٣ فقرة ٢٣٦٩ ــ ديموج : الالتزامات ج٤ فقرة ٤٦٦ ــ ليسبين ريبير : المرجع السابق فقرة ٩٤ ــ ٩٨

بثروة طرف دعوى المسئولية أو بعدم جسامة الخطأ من ناحية أخرى :

المطلب الاول : المعايير التشريعية لعدالة التعويض القضائي

المطلب الثاني : عوامل التخفيف فى التقدير القضائى للتعويض

المطلب الاول

المعايير التشريعية لعدالة التعويض الاتفاقى

١٦٢ - قصر التعويض على الضرر المتوقع فى المسئولية العقدية ١٦٣ - عدالة التعويض فى المسئولية العقدية ١٦٤ - مسئولية عدم التمييز ١٦٥ - تجاوز حدود الدفاع الشرعى ١٦٦ - حالة الضرورة

١ - قصر التعويض على الضرر المتوقع

١٦٢ - ثمة نطاق هام يكون جبر الضرر فيه بالتعويض الكامل لا يتفق والعدالة ، وهو نطاق المسئولية العقدية . لذلك أقر المشرع قاعدة هامة فى هذا الشأن تؤيد فكرة عدالة التعويض . وهى قصر مسئولية المدين العقدية فى حالة الخطأ اليسير ، على تعويض الضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

وقد أقرت هذه القاعدة المادة ١١٥٠ من التقنين المدنى الفرنسى بقولها أن المدين لايسأل الا بتعويض الاضرار التى كانت متوقعة أو التى كان فى الامكان توقعها عند التعاقد ، متى كان عدم تنفيذ الالتزام لايرجع الى غش

المدين[١] . كما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من التقنين المدنى المصرى على انه «ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد» .

وقد اختلفت آراء الفقه فى تفسير التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع وحسب فى حالة الخطأ اليسير فى نطاق المسئولية العقدية .

فقد ذهب جانب من الفقه الى أن حسن نية المدين أو عدم جسامة خطئه تستوجب معاملته بهذه المعاملة المتميزة . وأن تحديد مسئولية المدين العقدية بتعويض الضرر المتوقع فى حالة الخطأ اليسير ترجع الى الرغبة فى عدم الاثقال على المدين حسن النية والى توزيع الخسائر بين الدائن والمدين ، وهى فكرة - فى نظر هذا الرأى - تلقى تأييدا من القانون المعاصر[٢] . وأن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه لايعنى سوء نيته اذ قد يستحيل عليه تنفيذ الالتزام أو يتأخر فى تنفيذه ويعجز عن اثبات السبب الاجنبى ولذلك يسأل المدين عقديا ولكن تقتصر مسئوليته على تعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد[٣] .

ويفسر جانب آخر من الفقه هذه القاعدة بطبيعة المسئولية العقدية ذاتها التى تقوم على التوقع . فكل من المتعاقدين لايتعاقد الا على أساس مايتوقعه

---

(١) وقد مد القضاء الفرنسى هذا الحكم ايضا الى حالة الخطأ الجسيم من جانب المدين ، اذ يلتزم المدين بالتعويض الكامل للضرر المتوقع وغير المتوقع فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم (مازوو وتنك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٣٧٦)

(٢) ديموج : الالتزامات . جـ ٦ فقرة ٢٧٤ ص ٣٠٧

(٣) بشرى جندى : خصائص مسئوليه المدين العقدية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة العدد الاول السنة ١٤ (يناير - مارس ١٩٧٠) ص ٥١ ومابعدها فقرة ٤٦

من مزايا من وراء العقد ، وعلى أساس ما يتوقعه من اخفاق فى التنفيذ وما يتوقعه من نتائج تقع على عاتقه.ولذلك فلا يتحمل هذا المدين ، بسبب عدم التنفيذ أو بسبب خطئه العقدى ، بتعويض أضرار لم يتوقعها وقت التعاقد [١].فالتوقع من الخصائص الجوهرية للعقد ، ولذلك فالمسئولية العقدية لا يجوز اعمالها الا فى حدود توقعات العقد [٢].

ويفسر جانب ثالث من الفقه هذه القاعدة بالارادة التعاقدية للطرفين. فالمدين لم يلتزم الا لانه أراد وفى حدود ما أراد ، والارادة انما تقاس بالتوقع [٣] ، أو بأن هذه القاعدة تستند الى اتفاق ضمنى بين الدائن والمدين مقتضاه أن التعويض يحكمه شرط ضمنى بعدم تجاوز الاضرار المتوقعة عند التعاقد [٤] ، أو عدم تحمل المدين الا بالتعويض المعتدل [٥]؛ أو أن القانون يفترض أن ارادة المتعاقدين قد انصرفت الى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يفترض افتراضا معقولا أن المدين ارتضاه ، وهذا الافتراض المعقول يكون بمثابة شرط اتفاقى يعدل من مقدار المسئولية ويقصرها على مقدار معين هو الضرر المتوقع [٦].

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٧٥/٢

(٢) جوسران : النقل طبعة ثانية فقرة ٦١٧

(٣) لوران : ج٢ فقرة ٥٢٣ ــ لالو : المسئولية المدنية فقرة ٤٩٤

(٤) بودرى وبارد : ج ١ فقرة ٤٨٢

(٥) بلانيول وريبير وبولانجييه : ج ٢ فقرة ٧٤٨

(٦) السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٥٢٤ ــ ويؤيد هذا الرأى : انور سلطان : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٢٢٨ ص٢١٢ ــ اسماعيل غانم : أحكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٢٤ ص ٦٧

١٦٣ ب ونعتقد أن التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع وحده فى حالة الخطأ اليسير فى نطاق المسئولية العقدية ، لايستند الى الارادة التعاقدية الضمنيـة أو المفترضة ، بل الى فكرة عـدالة التعويض • فالدائن الذى يرتبط مع مدينه بالعقد انما يسعى وراء التنفيذ العينى لا وراء التعويض لما سيجنيه من تنفيذ العقد من مصالح ومنافع دفعته الى التعـاقد وكذلك المدين فهو لم يتعهد بالالتزام الا لما توسمه فى نفسه من القدرة على تنفيـذ ما تعهد به والرغبة فى التنفيذ لتحقيق المصلحة التى يرمى اليها هو الآخر من وراء التعاقد ، ولتجنب الحكم عليه بالتعويض •

ومن ناحية أخرى فان المشرع منح المتعاقدين الوسيلة القانونيـة التى يعبران بها عن ارادتهما فى تحديد التعويض فى صـورة الشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقى ، أو فى صورة التخفيف من المسئولية أو الاعفاء منها ، وفى ذلك ما يكفى لاستظهار الارادة الحقيقية للطرفين بدلا من افتراضها •

وواقع الامر أن قيام المسئولية العقدية لايعنى بالضرورة أن المدين قد ارتكب فعلا ملوما من الناحية الاخلاقية ، طالما أنه لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما • ذلك أن مسئولية المدين تتصف بالطابع الموضوعى اذ المدين يسأل مسئولية عقدية عند استحالة التنفيذ أو التأخير فيه وعدم استطاعته اثبات سبب أجنبى نشأت عنه هذه الاستحالة أو هذا التأخير ، مما يشير الى عدم ارتباط هذه المسئولية ارتباطا مباشرا بفكرة الخطأ [1] •ففى الالتزام بتحقيق غاية تقوم مسئولية المدين لمجرد عدم تحقق هذه الغاية دون حاجة الى بحث مسلكه ودون اعتبار لنفيه الخطأ من جانبه ، وفى الالتزام ببذل عناية تتحدد المسئولية على أساس معيار موضوعى هو معيار الشخص المعتاد أو معيار

---

(١) بشرى جندى : المقال المشار اليـه فقرة ٢٩ ـ وعكس ذلك اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٢٤ ص ٣٨

آخر أشد أو أخف ينص عليه القانون أو يقضي به الاتفاق . وفي جميع الأحوال فان هذا لا يعني بالضرورة ان المسلك الذاتي للمدين ينطوي على لوم اخلاقي[١] .

ومن ناحية أخرى فان مدى المسئولية التي يمكن أن تترتب على عدم تنفيذ الالتزام تكون محل اعتبار أساسي وجوهري في تحديد التزامات كل من الطرفين من حيث محل الالتزام ومدة التنفيذ والثمن[٢] . ولذلك كلما زادت الاضرار المتوقعة التي يمكن أن تنتج عن عدم التنفيذ كلما كان لذلك أثره على تحديد التزامات كل من الطرفين . فاذا عهد شخص الى أمين النقل بطرد لا يوحي شكله الخارجي بأنه يحتوي على مواد ثمينة ولم يفصح عن محتويات هذا الطرد ، ولذلك قبل الناقل القيام بالنقل بالسعر العادي وبوسائل النقل العادية دون حراسة أو عناية خاصة ، فانه يكون مما يتنافى والعدالة أن نلزم الناقل بتعويض الضرر غير المتوقع عند التعاقد اذا ما فقد هذا الطرد وتبين أنه كان يحتوي على مجوهرات ثمينة ، اذ لو كان ذلك متوقعا أو معروفا لدى الناقل منذ البداية لتردد في قبول النقل الا بسعر مرتفع يمكنه من اعداد وسيلة مناسبة لنقله في حراسة مشددة وعناية خاصة[٣] .

ولذلك فالتعويض الكامل في المسئولية العقدية التي لا تنطوي على غش أو خطأ جسيم يكون تعويضا غير عادل لا يتفق مع تجرد أساس هذه المسئولية

---

(١) في نفس المعنى بشرى جندى : المقال المشار اليه فقرة ٣٠ و٣٣ و٣٩ وما بعدها .

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٢ فقرة ٢٢٧٥/٣

(٣) في نفس المعنى : مازووتنك : المسئولية المدنية جـ١ – فقرة ٤٠٤/٤ وجـ٢ فقرة ٢٣٦١

من فكرة اللوم أو الذنب الاخلاقى . وهو ماحدا بالمشرع الى الاتجاه الى عدالة التعويض عن طريق استبعاد الضرر غير المتوقع عن عاتق المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما ، وفى ذلك أيضا اقرار من المشرع لقاعدة الارتباط بين مدى التعويض ومدى جسامة الخطأ [1].

٢ ــ النص على عدالة التعويض :

١٦٤ ــ وقد يتدخل المشرع بالنص صراحة على وجوب مراعاة عدالة التعويض ، وذلك ازاء خلو أساس المسئولية من اللوم الاخلاقى.

ومن ذلك مانصت عليه المادة ١٦٤ مدنى من أنه «يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز. ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم».

فهذه مسئولية لا تقوم على الخطأ ، وانما هى مسئولية موضوعية تقوم على التبعة [2] ، وقد قصد منها مراعاة اعتبارات العدالة ، فكان لزاما أن تصدق فى شأنها تلك القاعدة التى ترمى الى استبعاد التعويض الكامل ازاء تجرد أساس المسئولية من الذنب .

والتعويض العادل فى هذه الحالة أريد به أن يكون أقل من التعويض

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٢٧٥

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٨ ــ السنهورى : الوسيط جـ١ فقرة ٥٤٠.

الكامل وأنه تراعى فيه اعتبارات قد لاتراعى فى التعويض العادى[1] ، فيجوز رفض الحكم بالتعويض اذن ، اذا لم يكن غير المميز قادرا على أدائه ، ويجوز عند الاقتدار انقاص التعويض عدالة حتى يكون فى سعته : ويراعى فى ذلك كله مركز المضرور نفسه من الناحية المالية ومدى الضرر[2] .

١٦٥ — ومن ذلك أيضا ماتقضى به المادة ١٦٦ مدنى من أنه «من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة» .

فتجاوز حدود الدفاع الشرعى من شأنه التخفيف من مسئولية محدث الضرر بالزامه بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة . وقد فسر هذا التخفيف فى مدى التعويض بفكرة الخطأ المشترك ، اذ التجاوز ذاته يعد خطأ من جانب المسئول ، ولكن يقابله خطأ آخر من جانب المعتدى[3] . وهو ما قد يبرر بأنه تطبيق بحت لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وليس لعدالة التعويض . على أنه يبدو أن عدالة التعويض هى التى تصلح لتفسير هذا النص وليست فكرة الخطأ المشترك . ذلك أن القاعدة أنه اذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة لخطأ المضرور ، فان خطأ المضرور يستغرق خطأ المدعى

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٨ — وقارن مع ذلك السنهورى : الوسيط ج١ فقرة ٥٤٠ من انه يجوز الحكم بتعويض كامل اذا كان غير المميز موفور الثراء وكان المضرور فقيرا معدما واصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذى صدر من غير المميز .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٨

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩ — السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٥٣٢

عليه[1] ؛ وبالتالى يكون خطأ المعتدى مستغرقا لخطأ من تجاوز حدود الدفاع الشرعى لأنه هو الذى دفعه بفعله غير المشروع الى ارتكاب الخطأ .

واذا اعتبرنا خطأ محدث الضرر مستقلا عن خطأ المعتدى فان من شأن خطأ الاول استغراق خطأ الثانى لأن خطأ من تجاوز حدود الدفاع الشرعى يكون عادة خطأ عمدا قصد منه احداث الضرر بالمعتدى ولو بقصد دفع الاعتداء بشىء من التجاوز .

ومن ناحية أخرى فان الخطأ المشترك يفترض أن يساهم كل من المدعى والمدعى عليه بخطأ مستقل فى احداث ذات الضرر : بينما فى هذه الحالة نجد أن كلا من الطرفين قصد الى احداث ضرر مختلف بالطرف الآخر ، فالضرر ليس واحدا .

ويبدو أن الاقرب الى المنطق القول بأن المشرع اذ يجد أن من تجاوز حدود الدفاع الشرعى قد دفع دفعا الى احداث الضرر بالمعتدى ولو بالقدر غير المقبول : فان فعله يخلو من الذنب أو اللوم الادبى ، مما يوجب الاعتدال فى التعويض الذى يلزم به فى هذه الحالة .

١٦٦ - ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١٦٨ مدنى من أنه « من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر ، محدقا به أو بغيره ، لايكون ملزما

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٩٥ ص ٨٨٨ من الطبعة الاولى.

الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا [١] ، ففى هذه الحالة قد لاينسب الى محدث الضرر خطأ ما [٢] ؛ وبالتالى يخلو فعله من الذنب . ومع ذلك فان القانون يلزمه بالتعويض . ولكنه يخفف من مسئوليته ازاء ذلك فيفرض على القاضى أن يكون التعويض مناسبا أى بما يقل عن التعويض الكامل . وفى ذلك تحقيق لقاعدة أن التعويض العادل يكفى لجبر الضرر عند خلو أساس المسئولية من اللوم الاخلاقى .

---

(١) ويذهب القضاء الفرنسى الى الزام محدث الضرر فى حالة الضرورة بالتعويض اذا كان فعله أو نشاطه احد العناصر التى ساهمت فى خلق حالة الضرورة (مازو وتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٤٨٨ وما بعدها - ستارك : تعلق واساس المسئولية بغير خطأ - المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٨ ص ٤٧٥ ومابعدها فقرة ٨ ص ٤٨٤)

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية (ج٢ ص ٣٧٩) أن حالة الضرورة تؤدى الى التخفيف من المسئولية اذا لم يكن للمضرور نصيب فى قيامها . ويظل محدث الضرر مسئولا فى هذه الحالة . ولكنه لايكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا . باعتبار انه الجىء الى ارتكاب العمل الضار وقاية لنفسه او لغيره من شرر محدق اشد خطرا . فهو من هذه الناحية ايسر تبعة واخف وزرا . اما الغير الذى وقع الضرر وقاية له فيكون مسئولا قبل محدث الضرر اى قبل المضرور وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب .

المطلب الثانى

عوامل التخفيف فى التقدير القضائى للتعويض

١٦٧ - رغم ماتوصى به نصوص القانون وما استقر عليه الفقه التقليدى من أن التعويض يجب أن يكون كاملا فان القضاء استنادا منه الى سلطته المطلقة فى تقدير التعويض دون رقابة من محكمة النقض [1] يتجه مع

(١) مازوونك : المسئولية المدنية ج٣ فقرة ٢٢٠٩ - ديموج : الالتزامات ج٣ فقرة ٤٢٢ - لالو : المسئولية المدنية فقرة ٧٠ - حسن عكوش : المسئولية العقدية والتقصيرية ١٩٧٠ فقرة ٢٨١ ص ٥٩٦ ومابعدها. وهذا ما استقر عليه القضاء فى مصر : نقض مدنى فى ديسمبر ١٩٥٩ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٠ ق ١١٣ ص ٤٧٥) ، نقض مدنى فى ٢٤ ابريل ١٩٦٣ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٤ ق ٨١ ص ٥٦٥) ، نقض مدنى فى ٢٨ اكتوبر ١٩٦٥ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٦ ق ١٤٨ ص ٩٢٩) ، نقض مدنى فى ١١ نوفمبر ١٩٦٥ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٦ ق ١٥٨ ص ١٠٠٩) ، نقض مدنى فى ١٩ مايو ١٩٦٦ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٧ ص ١٢٠١) ، نقض مدنى فى ٨ نوفمبر ١٩٦٦ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٧ ص ١٦٢٩) ، نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٨ ق ٢٩٢ ص ١٩٤٣) ، نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٨ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٩ ق ٩٦ ص ٦٥٥) ، نقض مدنى فى ٢١ مايو ١٩٦٨ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٩ ق ١٤٤ ص ١٩٦٧) ؛ بل وقضت محكمة النقض فى ١١ نوفمبر ١٩٦٥ برفض الطعن المؤسس على ان الحكم المطعون فيه قدر التعويض عن الضرر الموقع دون ذلك غير المتوقع فى حين انها مسئوليه تقصيرية وليست عقدية . وذلك استنادا الى عدم المصلحة فى الطعن من المحكوم عليه بالتعويض (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٦ ق ١٥٨ ص ١٠٠٩).

ذلك الى جبر الضرر بتعويض عادل دون التقيد بهذا التعويض الكامل ، وذلك عن طريق مراعاة الظروف الملابسة بما تتضمنه من الاعتداد بثروة الطرفين وعدم جسامة الخطأ وخاصة فى تقدير التعويض عن الضرر الادبى .

١٦٨ ـ فاما عن الاعتداد بثروة الطرفين فرغم أن المبدأ التقليدى يقضى بأن وظيفة التعويض هى جبر الضرر وليس عقاب المسئول وبالتالى فلا يعنينا أن يكون المسئول أو المضرور ثريا أو فقيرا أو أن يؤدى التعويض الى انهيار المسئول أو يكون غير ذى أثر عليه أو يكون قليل القيمة بالنسبة الى ثراء المضرور[١] ، فان الواقع العملى يشير الى أن القضاة يعتدون بثروة طرفى المسئولية عند تقدير التعويض[٢] ، باعتبار أن هذه مسألة تحكمية تخضع لتقديرهم[٣] ، وخاصة فيما يتعلق بتعويض الادبى حيث لا يتقيد القاضى بمعايير مادية وحيث لا يتعلق الامر بضرر مالى يقبل التقييم[٤] .

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٣٩٩ ـ السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٦٤٨

(٢) سافاتييه : المسئولية المدنية ١٩٥١ جـ٢ فقرة ٥٢٨ ـ مارتى ورينو : ١٩٦٢ جـ٢ فقرة ٥٣٩ ـ وانظر ايضا استئناف مختلط فى ٢٤ مايو ١٩٠٥ م١٧ ص٢٩٧ وفى ١٦ ديسمبر ١٩٠٨م ٢٥ ص٦٨ مشار اليهما فى مؤلف الاستاذ السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٦٤٨ ص ١١٠٠ طبعة ثانية هامش ٢

(٣) سافاتييه : المسئولية المدنية طبعة ثانية ١٩٥١ جـ٢ فقرة ٦١١ ـ مازووتنك : المسئولية المدنية جـ٢ فقرة ٢٣٩٩

(٤) ريبير : النظام الديموقراطى فقرة ١٨٢ و١٨٣ ـ ريبير : ثمن الالم ـ داللور ١٩٤٠ ص ١ ـ سافاتييه : الضرر القاتل والمسئولية المدنية . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٨ ص ٢٩٧ ـ سافاتييه : شخصية وعدم شخصية المسئولية . دراسات لابورد لاكوست ١٩٦٣ ص ٣٢١ وما بعدها ـ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٨١ وما بعدها ـ ريبيه وريبير جـ ٩ مكرر من مطول بودابى ١٩٥٢ فقرة ١٦٦٨ ـ مارتى ورينو : جـ٢ فقرة ٥٣٩ ـ مازووتنك : المرجع السابق فقرة ٣١١ و٣١٤

ويبدو أن الأثر بمدى ثروة المضرور والمسئول عند تقـدير التعويض يلقى سندا تشريعيا فى القانون المصرى. ذلك أن نص المادة ١٧٠ مدنى يقضى بأن يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة. وقد مر هذا النص بعـدة مراحل فى صياغته[1] . اذ كان النص يتضمن فى البداية وجوب «مراعاة الظروف وجسامة الخطأ» ، ثم استبـدلت هـذه العبارة بعبارة الظروف الملابسة ، لأن جسامة الخطأ تدخـل فى عموم لفظ الظروف . وجاء فى المذكرة الايضاحية للقانون بصدد هذه المادة «ويكفى أن يشار فى هـذا المقام الى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعـل الضار . وينبغى أن يعتد فى هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف»[2] . ويتضح من ذلك بجلاء أن الظروف الملابسة التى يلتزم بها القاضى فى تقديره للتعويض تشمل الى جانب جسامة الخطأ واستقلالا عنه كل ظرف آخر من ظروف التخفيف أو التشـديد. وظروف التخفيف ، أو التشديد اذا لم تكن فى جسامة الخطأ فانها لا تتصور الى جانب ذلك الا فى مدى ثروة المسئول والمضرور. ولذلك فان القضاء يمكنه التصريح بمسلكه الواقعى من اعتداده بثروة المسئول والمضرور للوصول الى عدالة التعويض دون خشية الخروج على روح القانون أو التعرض لنقض الحكم.

١٦٩ — والى جانب الاعتداد بثروة الطرفين فان القضاء يأخذ فى الاعتبار بساطة الخطأ كعامل من عوامل التخفيف والاعتدال فى التعويض. ورغم أن الفقه التقليدى ينكر على القضاء هذا المسلك ، لما يراه فى تخفيف التعويض

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٦٥٦ هامش ١

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢

(٣) مازو وتنك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٣٦٤ وما بعدها — بودرى وبارد . طبعة ثانية جـ ٤ فقرة ٢٨٥٤ — ديموج الالتزامات جـ ٤ فقرة ٥٣٢ و ٤٦٦ —

=

بسبب عدم جسامة الخطأ من تكريم للمسئول على حساب المضرور الذى يحرم من جزء من التعويض لسبب لا يد له فيه[1]، فان الفقه فى اجماعه لايسعه الا التسليم بأن هذا هو المسلك المؤكد والمضطرد للقضاء[2]، وخاصة فى تعويض الضرر الادبى[3] .

بلانيول وريبير وروبدان جـ ٧ طبعة ثانية فقرة ٨٥٥ — بيير باربييه : تأثير الظروف المخففة لجسامة الخطأ على التعويض ، داللوز الاسبوعى ١٩٤٧ — ١ — ٥٨٥ — رابو : الرسالة المشار اليها فقرة ١١٦

(١)مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٣٥٧

(٢)مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ٣ فقرة ٢٣٦٥ — بلانيول وريبير واسمان : جـ ٦ فقرة ٦٨٣ — سافاتييه : المسئولية المدنية طبعة ثانية جـ ٢ فقرة ٦١٠ — روديير : جـ ٩ مكرر من مطول بودان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩٠ — مارتى ورينو جـ٢ فقرة ٥٣٩ — لالو : المسئولية المدنية فقرة ١٥٢ — ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٣١ — ستارك : المرجع السابق ص٣٨٤ — ٣٨٦ — ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٨٩ — فوازنيت : المرجع السابق ص٢٩٥ — ٣١٩ — فينى : انهيار المسئولية الفردية ١٩٦٤ فقرة ٣٦٥ — روبلو : فكرة الخطأ الجسيم ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٣ ص ١ وما بعدها — بيير باربييه ، المقال المشار اليه ، داللوز ١٩٤٧ ص٥٨٥ — ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص١ — السنهورى : الوسيط ، جـ ١ فقرة ٦٤٨ وهامش ١ من صحيفة ٩٧٤ من الطبعة الاولى — اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٤٧ — انور سلطان ، مصادر الالتزام فقرة ٤٨٢

(٣)ايجنى : المرجع السابق ص ٢٩٦ وما بعدها — سوردا : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٣٣ ص ٢٥ — ديموج : الالتزامات جـ ٤ فقرة ٤١٦ — ستارك : المرجع السابق ص٤٠٨ و٤٠٩ — ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٨١ ومابعدها — بلانيول وريبير وبولانجييه : جـ٢ فقرة ١١٥٢ — سافاتييه : المسئولية المدنية

على أن هذا المسلك من جانب القضاء لايبرره حريتــه المطلقة فى تقدير التعويض ، بل هو يستخدم هذه الحرية كوسيلة لتحقيق هدف معين هو عدالة التعويض. فالفقه اذ يصف تخفيف التعويض فى حـالة الخطأ اليسير بعدم العدالة فانه يتناول المسألة من وجهة نظر المضرور وحسب ، مع التجرد تماما من أى نظرة عادلة للمسئول الذى يوصف عادة فى الفقه التقليدى بأنه مذنب سلك باختياره طريق الشر فوجب أن ينال جزاءه كاملا . ولكن العدالة يجب أن تكون مشتركة بين المضرور والمسئول .

١٧٠ ـ وواقع الامر أن هـذه النظرة التى تختلف من المضرور الى المسئـول رسخت فى أذهان الفقـه بسبب التفرقة بين المسئوليـة العقدية والمسئولية التقصيرية .

ففى المسئولية العقدية أقر المشرع مبدأ تخفيف التعويض بسبب عدم جسامة الخطأ[1] . ففى حالة الخطأ اليسير لايلتزم المدين الا بتعويض الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد ، بينما فى حالة الغش والخطأ الجسيم يلتزم المدين فضلا عن ذلك بتعويض الضرر غير المتوقع أيضا . ورغم أن هذه القاعـدة

= طبعة ثانية جـ ٢ فقرة ٥٢٧و٥٢٨ ـ بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ فقرة ٥٤٦ـ مارتى ورينو : جـ٢ فقرة ٣٨٢ و٥٣٩ ـ سافاتييه : القواعد العامة للمسئولية المدنية ، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٣٤ ص ٤٠٨ وما بعدها فقرة ٧٢ ـ بول اسمان : تجارية الضرر الادبى ، داللوز ١٩٥٤ ص ١١٣ ومابعدها ـ روديير : جـ٩ مكرر من مطـول بودان ١٩٥٢ فقرة ١٦٠٨ ـ ريبير ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص ١ ومابعدها ـ سافاتييه : الضرر الآتل والمسئولية المدنية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٨ ص ٢١٠ ـ مازووتنك : المسئولية المدنية جـ١ فقرة ٣١٤ وجـ ٣ فقرة ٢٣٦٥

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ٣ فقرة ٢٣٧٥

انتقدت من جانب الفقه[1] الذى رأى فيهـا تفرقة ليس لهـا ما يبررها بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية وصعوبات عملية فى التمييز بين الضرر المتوقع وغير المتوقع وتفرقة غير مقبـولة فى بعض الفروض بين المضرور من خطأ عقدى وخطأ تقصيرى[2]، الا أن بقية الفقه رأت فى التأثر بعدم جسامة الخطأ فى تحديد التعويض فى المسئولية العقـدية منطقا يتفق مع أحـكام المسئولية العقدية ذاتها وهو مافسرناه بعدالة التعويض [3].

ولكن النظرة الى المسئولية التقصيرية كانت منـذ البداية نظرة أشد قسوة من المسئولية العقدية . ويرجع ذلك الى نظرة الفقه التقليـدى الى المسئولية التقصيريةعلى أنها تستنـد الى أساس أخلاقى ، اذأن المسئوليـة التقليدية تعنى الاعتداء على قاعـدة أخلاقية توجب عدم الاضرار بالغير . وهذا ما يفسر بطلان شروط الاعفاء من المسئولية التقصيرية حتى مع الخطأ اليسير مع اجازة هـذه الشروط فى المسئولية العقدية (٢١٧ مدنى).ولكن أساس المسئولية المدنية تطور فى عمومه من الفكرة الاخلاقيـة الى الفكرة الاجتماعية ، وأن كون الفرد مسئولا لايعنى أنه ارتكب عمـلا ملوما من الناحية الاخلاقية على ماسنرى.

---

(١) مازوتنك : المسئوليـة المدنية ج ٢ فقرة ٢٣٩١ - بلانيـول وريبير وبولانجيه : ج ٢ فقرة ٧٤٩ - حسين عامر : المسئولية المدنية فقرة ٤١٣ ص ٤٠١ هامش ١ - اسماعيل غانم : احكام الالتزام فقرة ٢٤ ص٦٧.

(٢) فالراكب بدون اجر وعلى سبيل التبرع يفيـد من احكام المسئوليـة التقصيرية فيحصل على تعويض كامل عن الضرر الذى يلحقه أثنـاء النقل ؛ بينما الراكب بأجر لايحصل الا على تعويض الضرر المتوقع على أساس المسئولية العقدية (مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٢ فقرة ٢٣٤١

(٣) انظر آنفا فقرة ١٦٣

ومن ناحية أخرى فان الخطأ اليسير الذى كان يمكن تحاشيه بسهولة فى بدء ارساء قواعد المسئولية المدنية فى مطلع القرن الماضى ، أصبح اليوم من مستلزمات النشاط بحيث لايمكن القضاء على الخطأ اليسير الا بايقاف كل نشاط فى المجتمع .

واضافة الى ذلك فانه أمام تشابك المعاملات والتوسع فى النشاط الصناعى والنقل واستخدام قوى الطبيعة أصبح من غير المقبول القول بأن المضرور لم يساهم بفعله فى وقوع الضرر[1] .

هذه التطورات الحديثة للمدنية من شأنها أن توجب الاخذ بعدالة التعويض كقاعدة عامة تشريعية ، اقرارا للواقع ، فى حالة الخطأ اليسير ، فى المسئولية العقدية عن طريق تعويض الضرر المتوقع وحده، وفى المسئولية التقصيرية عن طريق التخفيف فى التعويض [2].

وهذه القاعدة التى اضطرد عليها القضاء فى المسئولية التقصيرية من حيث الاعتداد بعدم جسامة الخطأ فى تخفيف التعويض تجد لها فى القانون المصرى سندا تشريعيا بما ورد فى المذكرة الايضاحية للتقنين بشأن المادة ١٧٠ مدنى من أن لفظ الظروف الملابسة يعنى الاعتداد بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض وكل ظرف آخر من ظروف التخفيف أو التشديد . وهذه العبارة فى صياغتها تشير الى أن جسامة الخطأ كما يمكن أن تكون أيضا عاملا لتشديد التعويض فان بساطة الخطأ يمكن أن تكون أيضا عاملا لتخفيف التعويض .

---

(١) ديبير : النظام الديموقراطى ، فقرة ١٦٩ ص ٣٠٨

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٣٧٥

واذا كانت الظروف الملابسة بهذا المعنى الذى يؤدى الى التخفيف فى حالة الخطأ اليسير كما أن الاعتداد بثروة المسئول والمضرور تعد عاملا فى تقدير التعويض ، فهى عنصر قانونى يلتزم به القاضى دون أن يكون ذلك جوازيا له ، وهو ما يشير اليه نص المادة ١٧٠ مدنى.

١٧١ — ان مايمكن أن نستخلصه من هذه الدراسة لقواعد جبر الضرر فى العصر الحديث هو أن التعويض الكامل لم يعد هو الشكل الضرورى لجبر الضرر. فالمشرع والاطراف والقضاء يعرفون اليوم جبرا للضرر عن طريق صور أخرى للتعويض لاتبلغ التعويض الكامل ، ولاتجد معيارها وحسب فى مدى الضرر الذى لحق بالمضرور ولكن فى اعتبارات أخرى اجتماعية أو متعلقة بالعدالة .

والواقع أن النظرة التقليدية فى جبر الضرر التى أملتها النزعة الفردية المطلقة التى سادت الفترة التى وضع فيها التقنين المدنى الفرنسى ، لم تعد تتفق مع التطور ، ولذلك فقد رأينا أن كل تنظيم حديث للمسئولية يتجه الى عدالة التعويض أو تحديده فى حالة الخطأ اليسير ومن ذلك مسئولية رب العمل عن اصابات العمل ومسئولية الناقل الجوى والناقل البحرى .

وكذلك فان التشريعات الحديثة التى صدرت بعد وضع التقنين المدنى الفرنسى اتجهت فى أغلبها الى هجر مبدأ التعويض الكامل فى حالة الخطأ اليسير الى مبدأ التعويض العادل وذلك بنصوص صريحة فى تنظيمها للمسئولية المدنية [1] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى المصرى بصدد تبرير ادخاله جسامة الخطأ بين الظروف الملابسة الواردة بالمادة ١٧٠ مدنى « والواقع

=

وفى جميع الاحوال التى رأيناها للتعويض العادل ، نجد أن هذا التعويض يفترض فيه أنه يكفى تماما بارادة القانون أو الاطراف أو بحكم القضاء لجبر الضرر . ولايجوز للمضرور فى جميع هذه الصور أن يحتج بأنه لم يحصل على تعويض كامل أو أن التعويض العادل لايغطى كل الضرر .

وأمام هذا التعدد لصور التعويض العادل الذى لايبلغ التعويض الكامل ، يثور التساؤل عن النطاق الذى يعمل فيه التعويض الكامل فى حالة الخطأ اليسير . فاذا أفلت نطاق المسئولية العقدية بأكمله من التعويض الكامل ، واذا كانت المسئولية التقصيرية لاتؤدى الى التعويض الكامل فى حالة الخطأ

=

ان جسامة الخطأ لايمكن الاغضاء عنها فى منطق المذهب الشخصى أو الذاتى . ولذلك تجرى التقنينات الحديثة على اقرار هذا المبدأ وتطبيقه فى احوال شتى . فمن ذلك مثلا تفريق التقنين التونسى والمراكشى بين خطأ المدين وتدليسه فيما يتعلق بتقدير التعويض . وقد استظهرت المادتان ٩٨/١٠٧ من هذين التقنينين حكم هذه التفرقة ، فنصتا على انه يتعين على المحكمة ان تغاير فى تقدير التعويض تبعا لما اذا كان اساس المسئولية خطأ المدين أو تدليسه . ويفرق التقنين البولونى كذلك بين التدليس والخطأ الجسيم من ناحية وبين الخطأ اليسير من ناحية اخرى . فقرر فى المادة ١٦٠ أنه «يعتد فى تقدير الضرر المادى بقيمة الشىء وفقا للسعر الجارى : فضلا عما له من قيمة خاصة لدى المضرور عند توافر السوء النية او الاهمال الفاحش» . ويقضى تقنين الالتزامات السويسرى بانقاص التعويض عدالة اذا كان الخطأ يسيرا وكانت موارد المدين محدودة ؛ فينص فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤ على انه «اذا لم يكن الضرر ناشئا من جراء فعل عمد او اهمال جسيم أو رعونة بالغة ، فللقاضى أن ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاؤه يعرض المدين لضيق الحال» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ — ٣٩٣)

اليسير ازاء اعتداد القضاة بعدم جسامة الخطأ وثروة الاطراف فى تقدير التعويض فانه يمكن القول بأن التعويض الكامل لم تعد له قيمة المبدأ .

هذه المشاركة فى تحمل الاضرار بين المضرور والمسئول ، أو بين المضرور والكيان الاجتماعى تجد تبريرها فى عدة اعتبارات منها التوسع فى المسئولية عن طريق التحرر من اللوم الاخلاقى للفعل الضار ، ومنها أن الخطأ اليسير أصبح اليوم مما لايمكن تحاشيه فى ظل المجتمع الصناعى ، ومنها أن التعويض الكامل من شأنه أن يكون مرهقا لمن يباشرون نشاطا ضروريا ونافعا فى المجتمع مثل النقل أو الصناعات الخطرة ، ومنها أن عدالة التعويض هى ضريبة كفالة التعويض ، ومنها أخيرا أن المساواة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم أو الغش بتقرير تعويض موحد هو التعويض الكامل من شأنه الغاء أى حماية للقاعدة الاخلاقية فى اطار المسئولية المدنية .

لذلك فان جبر الضرر فى العصر الحديث انفصل كلية عن فكرة التعويض الكامل ، حيث استبدلت النظرة الذاتية الى المضرور بنظرة أخرى أوسع منها هى النظرة الاجتماعية .

الباب الثانى

التعويض الرادع

١٧٢ - التعويض الرادع هو الوسيلة الحديثة للتشريع والقضاء للابقاء على تلك الرابطة الضروية بين المسئولية المدنية والقاعدة الاخلاقية . ذلك أن قيام الوظيفة الاصلاحية للتعويض اذ لايتقيد باللوم الاخلاقي في الفعل الضار وما استتبع ذلك من عدالة التعويض : فان الفعل الضار الذى ينطوى على ذنب أخلاقى يجب ألا يمر دون ردع حقيقى للمسئول وهذا ما تحققه الوظيفة الرادعة للتعويض عن طريق التعويض الرادع .

والتعويض الرادع هو الذى احتفظ فى حقيقة الامر بالقواعد التقليدية للمسئولية المدنية من حيث اشتراطه اثبات الانحراف الملوم فى السلوك فى جانب المسئول ومن حيث بلوغه مرتبة التعويض الكامل ومن حيث الفردية فى الالتزام به ؛ ولكن الاختلاف الحقيقى والجوهرى والذى لحق بهذه القواعد التقليدية هو أن تلك الانحراف الملوم فى السلوك . الذى كان يستوعب كل أساس المسئولية فيما مضى ، انحصر نطاقه اليوم الى ذلك الشق من الخطأ الذى يعرف بالخطأ الموصوف أو الخطأ المتميز فى جسامته ، بعد أن اختص التعويض الاصلاحى بالافعال الضارة التى لاتنطوى على الذنب الاخلاقى .

لذلك فالتعويض الرادع اذ يستند الى الخطأ الملوم من الناحية الاخلاقية فانه يتصف بخصيصتى الشخصية والفردية . فشخصية التعويض الرادع تقتضى وضع هذا المسلك الملوم من المسئول موضع الاعتبار عند تقدير التعويض ، وفردية التعويض تحقق ردع المسئول بذاته وفى ذمته دون أى ذمة أخرى تتحمل عنه بعبء التعويض .

الفصل الاول : الخطأ والقاعدة الاخلاقية

الفصل الثانى : شخصية التعويض

الفصل الثالث : فردية التعويض

الفصل الأول

الخطأ والقاعدة الاخلاقية

١٧٣ - تحول القضاء والتشريع - في نظرته الى المضرور - عن المعنى التقليدى للخطأ من أنه انحراف فى السلوك ملوم من الناحية الاخلاقية . ولكن عدم الالتفات الى مدى الذنب فى الفعل الضار كان من شأنه تهديد القاعدة الاخلاقية ذاتها . لذلك فان القضاء والتشريع - أمام اتجاه الخطأ نحو التجريد والموضوعية - اتجه الى حماية القاعدة الاخلاقية عن طريق النظرة المقابلة الى المسئول ، بالاعتداد بمدى الذنب فى الخطأ وترتيب آثار قانونية عليه ؛ وبذلك عرف العصر الحديث نوعين من الخطأ يقترنان بالوظيفة المزدوجة للتعويض . هما الخطأ المجرد والخطأ الموصوف .

المبحث الاول : الخطأ المجرد

المبحث الثانى : الخطأ الموصوف

المبحث الاول

الخطـــا المجـــــرد

١٧٤ - تبين لنا مما سبق أن المضـمون الاخلاقى لفكرة الخطأ كان ثمرة جهود الفقه الكنسى فى نقل القاعدة الاخلاقية الى اطار القانون الوضعى، وأن النزعة الفردية والمناداة بالحرية التى عاصرت التقنين المدنى الفرنسى فى مطلع القرن الماضى كان لها أثر مباشر على تحديد فكرة الخطأ . لذلك كان طبيعيا أن يتمثل الخطأ المدنى فى انحراف ملوم فى السلوك يصدر من شخص يدرك ما يفعل ، وله الحرية فى الاختيار بين الخير والشر ، وقد اختار طريق الاضرار بالغير اخلالا بواجبه الاخلاقى فى المجتمع[1] .

وقد رأينا كيف توسع القضاء فى فكرة الخطأ حتى شملت أفعالا لاتحمل أى لوم أخلاقى ولا تمثل أى اعتداء على قاعدة أخلاقية ، وكيف أقر القضاء والتشريع حالات للمسئولية المدنية لا تستند الى الخطأ وبالتالى تنفصل عن المسئولية الاخلاقية . ثم رأينا كيف تشكك جانب كبير من الفقه فى استناد العديد من تطبيقات المسئولية الى الفكرة التقليدية للخطأ بمضمونها الاخلاقى .

وقد كان بديهيا أن تنعكس هذه التطورات التى لحقت بالافكار التى تسود المسئولية المدنية على تحديد فكرة الخطأ ، وأن تؤدى الى تغيير وضع الخطأ ، من القاعدة الاخلاقية ، وأصبح لزاما على المشرع والقضاء والفقه أن يجد طريقه يعيد بها الى القاعدة الاخلاقية دورها فى المسئولية المدنية .

---

(١) سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ١٩٤٥ ص ٨١-٨٧

ولأن الخطأ المدنى كان دائما هو وسيلة الربط بين القاعدة الاخلاقية والمسئولية المدنية فان أعمال القاعدة الاخلاقية فى اطار المسئولية المدنية لايتم الا عن طريق ردع الاخطاء التى تنطوى على اعتداء على القاعدة الاخلاقية .

وتدور أفكار الفقه اليوم فى تحديد هذا النوع من الاخطاء حول مدى التطابق بين الخطأ المدنى والخطأ الاخلاقى ومدى الانفصال بينهما . لذلك فالتعرف على الخطأ الاخلاقى يساعد على الالمام بشكلة تحديد فكرة الخطأ المجرد ، ثم الاتجاهات المتقابلة فى الفقه حول ارتكاز الخطأ على المعيار الاخلاقى أو على المعيار الاجتماعى .

المطلب الاول : الخطأ الاخلاقى والخطأ القانونى

المطلب الثانى : المعيار الاخلاقى للخطأ

المطلب الثالث : المعيار الاجتماعى للخطأ

المطلب الاول

الخطأ الاخلاقى والخطأ القانونى

١٧٥ - الخطأ الاخلاقى ١٧٦ - خصائص الخطأ الاخلاقى ١٧٧ - تمييز الخطأ الاخلاقى عن الخطأ القانونى

١٧٥ - وفقا للمبادىء التقليدية لعلم الاخلاق لاتقوم المسئولية الاخلاقية أو الادبية الا اذا كان الفعل الضار قد صدر من الشخص عن قصد

أو على الاقل عن علم بما سيترتب على مسلكه من أضرار[1] . فسواء اتخذ هـذا المسلك شكلا ايجابيا أو سلبيا فالعمل الضار غير المقصود لا يعتبر خطيئة ، اذ العبرة فى المسئولية الادبية بالقصد أو النية [2]. ولذلك فلا محل للوم المخطىء اذ كان الضرر راجعا الى مجرد السهو وعدم الحيطة . ومعيار الخطأ الاخلاقى معيار ذاتى محض قوامه مدى ادراك صاحبه لما سيترتب على مسلكه من ضرر بالغير[3]، ولذلك فلا محل للمسئوليـة الاخلاقية اذا كان الضرر راجعا الى عدم تبصر أو خفة أو جهل مادام هذا الضرر غير مقصود أو غير متوقع[4] .

وعدم التوقع كخصيصة تميز الخطأ الاخلاقى من شـأنه أن يؤدى الى القول بأن الخطأ الاخلاقى لايشغل مسئولية مرتكبه الا بنوع الضرر الذى توقعه وبمدى ما توقع من ضرر ، أما ما زاد على ذلك فيعتبر ضررا غـير مقصود ، ومادام غير مقصـود فلامحل لمسائلة صاحبه. ويترتب على ذلك أيضا أن المسئولية الاخلاقية تستلزم الاعتـداد بدرجة الخطأ وجسامته فى تقدير مدى هذه المسئولية ، فتتناسب المسئولية الاخلاقية مع درجة جسامة الخطأ[5] . كما أن هذه المسئولية قد تتوافر لمجرد القصد أو ما يخالج النفس

---

(١) مارتى ورينو : جـ ١ فقرة ٣٧ وجـ ٢ فقرة ٢٥٧

(٢) حسين عامر : المسئولية المدنية . ١٩٥٦ فقرة ٢

(٣) اسمان : الخطأ ومكانه فى المسئولية المدنية . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٩ ص ٤٨١ ومابعدها فقرة ١ - ٥

(٤) سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص ٨٢ و٨٣

(٥) رابو : فكرة الخطأ فى القـانون الخاص ، رسـالة من باريس ١٩٤٧ فقرة ١٠٧

من نزعة الى الشر دون حاجة الى تحقق ضرر من ذلك[١] .

١٧٦ ـ وعلى ذلك يمكن تحديد خصائص الخطأ الاخلاقى فى ثلاثة[٢] .
الاول أنه شخصى محض أى يقاس بمقياس ذاتى فيدخل فى الاعتبار الظروف الذاتية والداخلية للشخص مثل مدى ذكائه ومدى فطنته وعاداته ومقدرته الجسمانية ونيته ، وهو لذلك يتوقف على الظروف الذاتيـة والداخليـة للمسئول قبل أن يعتد بمسلكه الخارجى .

والخصيصة الثانية للخطأ الاخلاقى هى أنه يشترط لقيامه تعمد الضرر أو على الاقل توقعه من جانب المسئول ، وهو ما يحتمه المعيار الذاتى للخطأ الاخلاقى . ولذلك يجب البحث فى نفسية المسئول وضميره لاثبات أنه قصد احداث الضرر ، أو على الاقل توقع حدوثه بحكم ظروفه الذاتية ، كالذكاء والفطنة والعادات الشخصية والمقدرة الجسمانية والمهارة الذاتية ، ولايكفى امكان التوقع لان امكان التوقع معيـار مجرد وموضوعى يتنافر مع فكرة الخطأ الاخلاقى كفكرة شخصية .

والخصيصة الثالثة للخطأ الاخلاقى هى أنه يؤثر فى الجزاء ، فيجب أن يتحدد الجزاء بمدى ما تعمده المسئول أو توقعه من ضرر ، أما ما تجـاوز

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٧ ـ سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٣٢٧

(٢) بول اسمان : اساس المسئولية العقدية . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٢ ص ٦٢٧ ومابعدها فقرة ٢ هامش ١ ص ٦٢١ و٦٢٢ ـ سافاتييـه : القواعد العامة للمسئولية المدنية ؛ المجلة الانتقادية للقـانون المدنى ١٩٣٤ ص ٤٠٩ ـ دابان : فلسفـة القانون الوضعى ص ٥٠٦ وما بعدها ـ رابو : الرسالة المشار اليها فقرة ١٠٧

القصد أو التوقع الذاتي للمسئول ، فانه يتنافر مع الفكرة الذاتيـة للخطأ الاخلاقى ويجب استبعاده من مدى المسئولية . ولذلك فالخطأ الاخلاقى يوجب الاعتداد بمدى جسامة الخطأ .

١٧٧ ـ وهذه الخصائص الثلاث هي التى تميز االخطأ الاخلاقى عن الخطأ المدنى أو الخطأ القانونى . فالخطأ القانونى لا يقاس بمقياس ذاتى أو شخصى ، وانما بمقياس مجرد ، اذ يتعذر على القاضى أن يتخلل نفسية المسئول لاثبات قصده أو توقعه بشخصه للضرر ، فوجب أن يعتد القانون بالظواهر الخارجية وحـدها مع طرح النوايا جانبا ، والسبيـل الى ذلك هو الاخذ بمقياس مجرد هو مقياس الرجل المعتاد .

وجزاء الخطأ القانونى لايتوقف عند الاضرار المقصودة أو المتوقعة من الفاعل ، والا لأمكن لهذا الفاعل أن يتذرع بعدم قصده أو عدم توقعه للضرر بحكم ظروفه الذاتية . وبالتالى يمكنه أن يفلت بخفته أو اهماله دون جزاء . ودرجة الخطأ القانونى لاتتدخل فى تحديد مدى الجزاء ، وهذا ناتج عن أن الخطأ القانونى لايستوجب معاقبة الفاعل على ما اقترف ولكنـه جبر للآثار الضارة الناتجة عن الخطأ .

هذا الاختلاف بين الخطأ الاخلاقى والخطأ القانونى مرده الى أن الخطأ القانونى يكون مجال اعماله فى العلاقة مابين الفرد وآخر فى القانون الوضعى حيث يكون الاهتمام منصبا على المظاهر الخارجيـة ونتائجها المادية [1] .

---

(١) سافاتييه . من القانون المدنى الى القانون العام ص٨٢ ـ ٨٧ ـ السنهورى: الوسيط جـ١ فقرة ٥٠٥ ـ سليمان مرقس مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٣٢٧

فالفعل يعد خطأ من الناحية القانونية بسبب خطورته الاجتماعية أو لأنه يخالف المألوف فى المجتمع أو هو ضار بالمجتمع قبل كل شىء ، ولكنه لا يعد خطأ من الناحية الاخلاقية الا بسبب خبث صاحبه ومخالفته لنداء الضمير ، فهو يخالف المثالية قبل كل شىء .

واختلاف الخطأ المدنى عن الخطأ القانونى لايعنى مع ذلك المقابلة التامة بين الخطأين ، فالخطأ الادبى يكون خطأ مدنيا فى الحدود التى يكون فيها ضارا بمصلحة اجتماعية يحميها القانون [1] .

على أنه اذا كانت هذه هى القاعدة التقليدية من أن الخطأ القانونى هو نطاق محدود من الخطأ الاخلاقى ، يقرر له القانون جزاء [2] . فان التوسع فى فكرة الخطأ بالصورة التى رأيناها كان من شأنه تغيير وضع الخطأ القانونى من الخطأ الاخلاقى .

المطلب الثانى

المعيـــار الاخـــلاقى للخطــأ

١٧٨ ـ العنصر الموضوعى للخطأ　　　　١٧٩ ـ العنصر الذاتى للخطأ
١٨٠ ـ عنصر الادراك من صفات الشخص المعتاد .

١٧٨ ـ وقد كانت الفكرة التقليدية للخطأ على ما سبق البيان [3] ،

---

(١) ديموج : الالتزامات ج ٣ فقرة ٢٤٠/٣ ـ رابو : الرسالة المشار اليها فقرة ١٠٩ ومابعدها ـ وفى نفس المعنى ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٢٣

(٢) فى نفس المعنى ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١١٢

(٣) انظر آنفا فقرة ١٧٥

تتصور أن الخطأ القانوني يستند الى الخطأ الاخلاقي ، اذ الخطأ يقوم على فعل ملوم من الناحية الاخلاقية . ولكن التوسع في المسئولية المدنية ، الذى وجد أساسه فى اعتبارات أخرى غير اللوم الاخلاقي للفعل الضار ، انعكس على تحديد فكرة الخطأ فى اتجاهين رئيسيين : الاتجاه الاول يسعى الى الابقاء على المضمون الاخلاقي للخطأ رغم كل هذه التطورات . والاتجاه الثانى يرمى الى الانطلاق بالواقع القائم الى مداه بتجريد الخطأ من أى مضمون أخلاقي .

فأما الاتجاه الاول الذى يسعى الى الابقاء على المضمون الاخلاقي لفكرة الخطأ فقد نادى به جانب هام من الفقه[1] . ووفقا لهذا الاتجاه فان الخطأ يتكون من عنصرين : عنصر موضوعى هو عدم المشروعية (illicité) وعنصر شخصى هو الادراك (imputabilité) .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج٢ : فقرة ٩٦٨ ــ بلانيول وريبير واسمان : ج٦ فقرة ٤٧٧ وما بعدها ــ كولين وكابيتان ج١ ص٢٢٢ ــ ٢٢٤ ــ رينيه رودنير : ج ٩ مكرر من مطول بيدان ١٩٥٢ فقرة ٥. ١٤ ومابعدها ــ سافاتييه: المسئولية المدنية . طبعة ثانية ١٩٥١ ج ١ فقرة ١٦١ ــ ١٦٧ ــ سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص ٨١ ومابعدها ــ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٢١ ــ سنيجير : فكرة الخطأ العقدى فى القانون المدنى الفرنسى، رسالة من بوردو ١٩٥٤ المقدمة وص٥٧ ومابعدها ــ اسمان : أساس المسئولية العقدية مقتربة من المسئولية التقصيرية . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٣ ص ٦٢٧ ومابعدها فقرة ٥ ــ اسمان : الخطأ ومكانه فى المسئولية . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٩ ص ٤٨١ ومابعدها فقرة ١ ـ ٢ ـ ٤ ــ السنهورى : الوسيط . ج ١ فقرة ٥٣٥ و٥٣٦ ــ مصطفى مرعى : المسئولية المدنية ص ٤٩

والعنصر الموضوعي للخطأ هو الانحراف في السلوك . وقد يتصور قياس هذا الانحراف بمقياس ذاتي أو شخصي . فيؤخذ المخطيء بقدر ذكائه وفطنته ونيته ، وفي هذا تطابق تام بين الخطأ المدني والخطأ الاخلاقي [1] . ولكن المقياس الذاتي يتطلب بحثا ذاتيا في صفات كل مسئول على حدة وهو ما قد يستعصي على القاضي ، كما أنه يتنوع بتفاوت الصفات الذاتية للإفراد ، فيكون مقياسا غير عادل ، لأنه يؤدي الى التشدد مع الشخص الحريص والى التساهل مع المهمل [2] . كما أن القانون المدني لاتعنيه الظواهر النفسية بقدر ماتعنيه الظواهر الاجتماعية [3] . لذلك ذهب الفقه الى الأخذ بالمعيار الموضوعي المجرد [4] . فيقاس الانحراف بسلوك الشخص المعتاد الذي يمثل أوسط الناس ويكون من نفس مهنة المسئول [5] ، ويوجد في نفس

---

(١) السنهوري : الوسيط ج ١ فقرة ٥٢٨

(٢) مارتي ورينو : ج ٢ فقرة ٤٠٠

(٣) سافاتييه : من القانون المدني الى القانون العام ص ٨٢ - ٨٧ - السنهوري : الوسيط ج ١ فقرة ٥٠٥ - سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٣٢٧

(٤) رينيه روديير : ج ٩ مكرر من مطول بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩٥ - ديباج : ج ٢ طبعة ثالثة ١٩٦٤ فقرة ٩٠٧ و ٩٤٤ - مارتي ورينو : ج ٢ فقرة ٤٠٠ - السنهوري : الوسيط ج ١ فقرة ٥٢٨ - سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٣٥٧

(٥) نقض مدني في ٢٢ مارس ١٩٦٦ من ان التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق غاية وواجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والاصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها اهل هذه المهنة (مجموعة أحكام النقض المدني س ١٧ العدد الثاني ص ٦٣٦)

الظروف الخارجية التى وجد فيها هـذا المسئول ، مع التجرد من الظروف الداخلية أو الذاتيةلهذا الشخص [1] .وهو مايعبر عنه الفقه برب الاسرة العاقل (bon pére de famille) [2] .وهذا العنصر الموضوعى للخطأ من شأنه اذا أخذ وحده فى الاعتبار أن يفصل تماما بين الخطأ وبين القاعدة الاخلاقية [3] ، فعدم الاعتداد بالظروف الذاتية لمحدث الضرر يؤدى الى مؤاخذة الشخص قليل الفطنة محدود الذكاء الذى يبذل كل جهده وطاقته فلم يبلغ مسلك الرجل المعتاد ، والى عدم مؤاخذة الشخص شـديد الفطنة حاد الذكاء الذى لم يبذل الا ما يبذله الرجل المعتاد ، رغم استطاعته تجاوز هذا المعيار . فذلك شخص يعد مخطئا قانونا رغم تجرده من الخطـأ الاخلاقى ، وهذا شخص لايعد مخطئا خطأ قانونيا رغم خطئه الاخلاقى .

١٧٩ - لذلك كانت وسيلة الفقه لربط الخطأ المدنى بالخطأ الاخلاقى

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٤٠٧ - رنيه روديير : جـ ٩ مكرر من مطول بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩٥ - مارتى ورينو : جـ ٢ فقرة ٤٠٠ - دباج : جـ ٢ طبعة ثالثة ١٩٦٤ فقرة ٩٣٩ - السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٢٩ - سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٣٩٤ - انور سلطان : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٤٦٤ - اسماعيل غانم : مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقرة ٢٢٨ - واحكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٢٤

(٢) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٥٢٨

(٣) وقد ياخذ المشرع بالمعيار الذاتى بصـفة استثنائية كما فى العارية او او الوديعة بدون اجر ، وهذا ما يعد استثناء من القاعدة العامة وهى المعيار المجرد بدليل النص عليها فى حالات خاصة .

هى اشتراط العنصر الثانى للخطأ وهو الادراك [1] . فالخطأ الاخلاقى يفترض مقدرة الشخص على التمييز بين الخير والشر واختياره طريق الاضرار بالغير عن عمد أو على الاقل عن رعونة واهمال . فغير المميز كالمجنون والصبى أو الشخص تحت تأثير الخمر أو المخدر لايكون مسلكه ملوما من الناحية الأخلاقية لأنه لايدرك الخير من الشر ، وبالتالى لاتجوز مسائلته عن انحرافه عن مسلك الرجل المعتاد ، وهذا هو مظهر اعمال القاعدة الاخلاقية فى الخطأ المدنى [2] . وقد عبر المشرع المصرى عن هذه القاعدة فى الفقرة الاولى من

---

(١) ديموج : الالتزامات ج٣ فقرة ٢٢٥ وفقرة ٢٤٢ ومابعدها — بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٣٧٧ ، ٣٨٣ ، ٤٧٧ — سافاتييه : المسئولية المدنية طبعة ثانية ١٩٥١ ج ١ فقرة ٤ وفقرة ١٦١ وما بعدها — روديير ، ج ٩ مكرر من مطول بودان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩٥ و١٤٠٧ وما بعدها — دى باج ج ٢ طبعة ثالثة ١٩٦٤ فقرة ٩١٣ وما بعدها — مارتى ورينو : ج١ فقرة ٤٠١ ، ٤٠٢ ، ومابعدهما — بلانيول وريبير وبولانجييه ج ٢ فقرة ٩٨٨ — السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٥٣٦ — أنورسلطان : النظرية العامة للالتزام ج١ ، ١٩٦٤ فقرة ٤٠٣ وما بعدها — اسماعيل غانم : مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقرة ٢٢٣ ص ٤٢٥ — وعكس ذلك مازووتنك حيث يكتفون بالعنصر الموضوعى لقيام الخطأ بالمسئولية المدنية ج ١ فقرة ٤٤٧ ومابعدها وج ٢ فقرة ١٥٨٨ ، وفى نفس المعنى دى جان دى لاباتى : التقدير المجرد والتقدير الذاتى فى القانون المدنى الفرنسى ، رسالة من باريس ١٩٦٥ فقرة ١٢٤ ، ١٢٥ .

(٢) بول اسمان : أساس المسئولية العقدية واقترابها من المسئولية التقصيرية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٣ ص ٦٢٧ وما بعدها فقرة ٥، الخطأ ومكانه فى المسئولية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٩ ص ٤٨١ ومابعدها فقرة ١ — ٢ — روديير : ج ٩ مكرر من مؤلف بودان ١٩٥٢ فقرة ١٤٠٧ ومابعدها — سافاتييه : المسئولية المدنية طبعة ثانية ١٩٥١ فقرة ١٦١ — ١٦٧ ، من القانون المدنى الى القانون العام ص ٩٢ وما بعدها — سيجير : الرسالة المشار اليها ص ٥٧ ومابعدها — السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٥٣٦ — اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٢٤ ص ٣٨

المادة ١٦٤ مدنى من أنه «يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز» .

١٨٠ - على أن هـذا العنصر الشخصى فى الخطأ لايبدو أنه يربط الخطأ بالاخلاق. فقد رأينا ما استقر عليه القضـاء الفرنسى من التوسع فى مسئولية عديم التمييز ؛ وكذلك ماأخـذ به المشرع المصرى من المسئولية الاحتياطية لغير المميز . واذا وصفته هذه المسئولية من الفقه الذى يدافع عن المضمون الاخلاقى للخطأ بأنها استثناء على مبـدأ قيام المسئولية على أساس الخطأ ، فان مسئولية عديم التمييز بهذا الاقرار القضائى والتشريعى تكاد لا تترك أى مجال من الناحية العملية لنفى المسئولية من غير المميز .

وهذا العنصر الشخصى ان كان يدخل أفكارا شخصية فى الخطـأ وهى اشتراط الادراك فيبدو أنهـا لاتعبر عن المعنى الاخلاقى فى هذه الفكرة . فالشخص اذ يدرك ما أقدم عليه من انحراف عن مسلك الرجـل المعتاد ، فليس معنى ذلك حتما أن عمله ملوم من الناحية الاخلاقية ، اذ قد لا يكون لديه الحرية للاختيار بين الخير والشر لقصور ذاتى أو سهوا وغفلة . وقد أقر القضاء والتشريع مسئولية عديم التمييز دون أن يكون فى ذلك منافاة للقاعدة الاخلاقية ، بل أن هذه المسئولية اعتبرت تطبيقا للقاعدة الاخلاقيـة التى تدعو الى مساعدة المضرور [1].

ويبدو أن العنصر الشخصى فى الخطأ ما هو الا صفة من صفات الشخص المعتاد . ذلك أن الشخص المعتاد هو رجل من أوسط الناس الذين يعيشون فى المجتمع يتجرد من الظروف الذاتية لمحدث الضرر ويوجد فى نفس الظروف الخارجية التى وجد فيها المسئول . وبديهى أن أوسط الناس أو الرجل

---

(١) بلانيول وريبير [illegible] ج٢ فقرة ٩٦٨

العادى هو الرجل المدرك لما يفعل ؛ بينما المجنون أو الطفل غير المميز لايعد رجلا معتادا . هذا بالاضافة الى أنه من المسلم به أن القانون لايخاطب الا من يدرك ما يفعل [١] . فكان أمرا بديهيا أن يكون الرجل المعتاد مميزا . لذلك فان هذا الادراك كشرط لقيام الخطأ يعد عنصرا شخصيا [٢] ، أو نفسيا [٣] ، وليس أخلاقيا .

المطلب الثالث

المعيار الاجتماعى للخطأ

١٨١ ـ المعيار الموضوعى للخطأ	١٨٢ ـ المعيار الاجتماعى للخطأ
١٨٣ ـ معارضة الفقه التقليدى	١٨٤ ـ ابتعاد الخطأ المجرد عن المعيار الاخلاقى
	١٨٥ ـ الخطأ المجرد فكرة اجتماعية

١٨١ ـ هذا الاتجاه الذى يحاول الابقاء على الفكرة التقليدية للخطأ، لم يجد قبولا لدى جانب آخر من الفقه لاحظ أن المسئولية تقوم فى الوقت الحاضر فى كثير من الاحيان على خطأ لايتضمن أى لوم أخلاقى . وأن رغبة الفقه فى الابقاء على الخطأ كأساس للمسئولية ؛ رغم كل هـذا التحول عن اللوم الاخلاقى كأساس للالتزام بالتعويض ، أدى بهـذا الفقه الى تفريغ الخطأ تماما من مضمونه الاخـلاقى ومن معناه الحقيقى [٤] . فالقضاء فى توسعه فى الخطأ خلق التزامات جـديدة من واقع التطور الاجتماعى وليس

---

(١) سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٢٥٩ ص٣٢٦

(٢) ديموج : الالتزامات ج ٣ فقرة ٢٢٥

(٣) سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٢٥٩ ص٣٢٦

(٤) ستارك : المرجع السابق ، المقدمة

من واقع انقاعدة الاخلاقية.وهو فى افتراضه الخطأ فى بعض صور المسئولية بقرينة لاتقبل اثبات العكس استبعد أى أساس أخلاقى فى اسناده هـذه المسئولية . لذلك تعددت محاولات الفقه فى سبيل تأكيد موضوعية الخطأ وتجريده من أى مضمون أخلاقى .

فقد ذهب الفقه الى أن الخطأ أصبح اليوم يؤخذ بمقياس موضوعى ولو لم يكن الفعل ملوما من الناحية الاخلاقية ؛ متى كان الفعل يعد خطرا وضارا من الناحية الاجتماعية [1].فالخطأ وفقا لهذه النظرة الموضوعية هو فعل أو ترك يغاير ماكان يجب أن يتم بالنظر الى الظروف التى وجد فيها المسئول ، فنقول للشخص أنت مخطىء اذا قـدرنا ، وفقا للشعور الوسط ، أنه كان يستطيع وكان يجب أن يتصرف بطريقـة أخرى [2].أو هـو الانحراف فى السلوك بفعل أو تصرف لايصدر من شخص حريص ومتزن يهمه تفادى الاحتمالات الضارة بالغير [3].ولذلك لقى تعريف بلانيول للخطأ بأنه اخلال التزام سابق استحسانا من الفقه[4] .

فالخطأ القانونى ، وفقا لهذا الاتجاه يتميز عن الخطأ الاخلاقى ، وذلك ازاء استحالة وجود قياس واحد يتلاقى عليه الافراد اذا طلبنا من كل منهم

---

(١)رابو : الخطأ فى القانون الخاص فقرة ١٠٩ وما بعدها و١٢٧ ومابعدها و١٤٥ ومابعدها - رمسيس بهنام : المسئولية دون خطأ فى القانون الخاص والعام ؛ رسالة من باريس ١٩٥٣ ص٧٥ - وقارب كاربونييه : القانون المدنى، الالتزامات ؛ ج ٢ فقرة ١٧٠ ص ٥٧٨ وفقرة ١٧٩ ص٦١٦ و٦١٧

(٢)ستارك : أساس ونطاق المسئولية بدون خطأ ؛ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٨ ص٤٧٥ وما بعدها فقرة ٢

(٣)دى باج : ج٢ طبعة ثالثة ١٩٦٤ فقرة ٩٣٩

(٤)بلانيول : ج ٢ فقرة ٨٦٣ ؛ المجلة الانتقادية للقانون المدنى ١٩٠٥ ص٢٨٣

قياس مسلك المسئول[1] . فيكفي لتوافر الخطأ مجرد الاخلال دون وجه حق بحقوق الآخرين[2] ، أو أن الشخص يكون مخطئا اذا كان يمكنه توقع وتحاشي الضرر[3] .

١٨٢ – ثم اتجه الفقه خطوة أخرى نحو موضوعية فكرة الخطأ ، بالفصل بين الخطأ الاخلاقي والخطأ القانوني[4] . فالخطأ القانوني لا يقاس بأي مقياس اخلاقي وانما يقاس بمقياس اجتماعي مجرد ؛ فنقارن الفعل بسلك الرجل المعتاد ويكون أي انحراف عن هذا المسلك خطأ . وهذا الرأي لايتطلب الادراك لقيام الخطأ . فيمكن تصور الخطأ من عديم التمييز لأن مسلك المجنون يخالف مسلك الشخص المعتاد : وفي ذلك يكمن الخطأ ، اذ الجنون من الظروف الذاتية للمسئول التي يجب التجرد منها عند تقدير الخطأ . ولايجوز في هذه الحالة قياس مسلك المجنون على مجنون آخر لمعرفة مدى خطئه : لأن في ذلك عودة الى المفهوم الشخصي للخطأ المدني بقياس الخطأ حسب الشخص وليس حسب مسلكه . وفي المسئولية العقدية يكون المعيار المجرد للخطأ العقدي هو مجرد عدم تنفيذ الالتزام ، ولذلك فالخطأ العقدي يقوم حتى مع وجود القوة القاهرة ولكن الذي يعفي المدين هنا من المسئولية ليس انعدام الخطأ ولكن انعدام رابطة السببية بين

---

(١) اكس بلانش جوفان : مسئولية الصغار : المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٥٧ ص٢٨ وص٥٥ ومابعدهما

(٢) لالو : المسئولية المدنية فقرة ٣٩٤

(٣) Fritz Schreier : faute et torte, rev. trim. de dr. civ. 1913 , P 59 et S

(٤) مازو وتنك : المسئولية المدنية جا فقرة ٣٩٥ وما بعدها

خطأ المدين وعدم التنفيذ [1]، وفى هذا الرأى تجريد كامل للخطأ من الاساس الاخلاقى [2].

وقد انطلقت بعض الآراء بهذا الاتجاه الموضوعى فى الخطأ الى مداه بالقول بأن مجرد الاضرار بالغير يشكل فى حد ذاته خطأ يوجب المسئولية. فكل مواطن له الحق فى سلامة شخصه وذمته ؛ ومجرد الاعتداء على هذه السلامة يعد عملا غير مشروع أى خطأ . وبالتالى يقع على عاتق الفرد التزام اجتماعى بأن يحرص على عدم الاضرار بحقوق الغير [3]. كما اتجه رأى آخر الى حد انكار الخطأ من أساسه واستبداله بفكرة الضمان [4]، على أساس أن الاخلال بسلامة الفرد فى شخصه أو أمواله يرتب التزاما بالضمان فى ذمة محدث الضرر .

١٨٣ - وقد لقى هذا الاتجاه الذى يرمى الى الفصل بين الخطأ القانونى والخطأ الاخلاقى مقاومة من جانب الفقه الذى يسعى الى الابقاء

---

(١) مازووتنك: جا فقرة ٤٤٧ و ٤٦٠ و ٤٦٩ و ٦٧٨ و ١٠٠٢ وجـ٢ فقرة ١٥٨٨، وفى نفس المعنى من انكار الادراك كعنصر فى الخطأ وقصره على مجرد عدم المشروعية: دى جان دى لاباتى : التقدير المجرد والتقدير الذاتى فى القانون المدنى الفرنسى . رسالة من باريس ١٩٦٥ فقرة ١٢٤ و ١٢٥ ص ١٠٧ و ١٠٨ . ويقترب من هذا الرأى رابو : الرسالة المشار اليها . مع استثناء حالة الجنون من استبعاد عنصر الادراك . فقرة ١١٢ ومابعدها .

(٢) بلانيول وريبير بولانجييه : جـ ٢ فقرة ٩٦٨

(٣) وهى نظرية النائب العام البلجيكى بول ليكليرك .كلور رينارد : فى ضرورة الخطأ لقيام المسئولية . المؤتمر الاول لمؤسسة هنرى كابيتان ١٩٣٩ ص ٢٧ الى ٦٠ - دى باج: جـ ٢ طبعة ثالثة ١٩٦٤ فقرة ٩٣٥)

(٤) ستارك : المرجع السابق .

على المضمون الاخلاقى لفكرة الخطأ . فقد أجاب هذا الفقه بأن العنصر الموضوعى للخطأ وهو عدم المشروعية يشمل فى ذاته ارتباطا بين الخطأ والاخلاق ، فالشخص المعتاد لايرتكب عملا ضار بالغير ولا يخل بالتزاماته العقدية أو القانونية أو الاخلاقية : فالخطأ فى حقيقته ماهو الا اخلال بالتزام أخلاقى سابق [1] .ومن ناحية أخرى فان فى استبعاد الاساس الاخلاقى للخطأ بعدم اشتراط ركن الادراك ارتداد بأفكار المسئولية ، فهذا الخطأ الموضوعى الذى لايستند الى الاعتبارات المتعلقة بشخص الفاعل يذكرنا بالفكرة العتيقة للمسئولية . واذا كان المجنون يمكن أن يكون مسئولا ويمكن أن يكون مسئولا ويمكن أن ينسب اليه الخطأ شأن الانسان المدرك الذى يملك الاختيار بين الخير والشر فلماذا لانعد الحيوان مخطئا هو الآخر [2] .واضافة الى ذلك اذا كان من شأن أخذ الخطأ بمعيار موضوعى القول بأن معيار الرجل المعتاد هو معيار اجتماعى لاشأن له بالاخلاق : فان هناك حالات يعد فيها مسلك الرجل المعتاد خطأ موجبا للمسئولية وهو ما لايفسره الا الاساس الاخلاقى للخطأ . ومن ذلك أن اعطاء معلومات حقيقية عن شخص معين تسبب له ضررا قد لايكون خطأ اذا تم بغرض الزواج ، بينما يكون ذلك خطأ موجبا للمسئولية اذا كان بغرض المنافسة التجارية : فالفيصل هنا هو قواعد الاخلاق [3] .

ويضيف هذا الفقه أنه اذا كان القضاء قد توسع فى الخطأ ، مما دعى الى تصور أن الخطأ أصبح يستوعب أفعالا ليست محل لوم ، فان الذى حدث فى الحقيقة هو أن هذا التطور يعبر فى الواقع عن الاتجاه المتزايد نحو مطابقة المسئولية الاخلاقية بالمسئولية المدنية عن طريق تقرير جزاء لكل اضرار بالغير

---

(١) سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص ٩٣ وما بعدها .

(٢) نفس المرجع ص ٨٥

(٣) نفس المرجع ص ٨٦

بقدر الامكان. فظهور أنواع جديدة من الخطأ يرجع إلى أن واجبات جديدة قد تقرر لها جزاء. اذ كل هذه الاخطاء المهنية والاخطاء الناتجة عن استخدام مخاطر جديدة وعن استخدام الآلات والحيوان ، ومضار الجوار غير المألوفة قدمت من واقع الفكرة الاخلاقية من أن الفرد لا يجب أن يضر بحق الغير [١] ، ذلك أن الافكار الاقتصادية والاجتماعية هي التي تصيغ الافكار الاخلاقية، ففكرة الخطأ تبقى دائما في النطاق الاخلاقي [٢] .

لذلك حاول رأي من أنصار موضوعية الخطأ التخفيف من هذه النظرة الموضوعية بالاعتداد ببعض الاعتبارات الذاتية مما يعيد الربط بين الخطأ وبين الفكرة الاخلاقية [٣] . فيذهب هذا الرأي الى أن قياس ركن التعدي في الخطأ أو عدم المشروعية يكون بمعيار مجرد مع مراعاة اعتبارين : الاول هو الاعتداد بأوجه التصور الذاتي لدى مرتكب الخطأ (inferiorités individuelles) اذا كانت هذه من شأنها التأثير على الشخص في بلوغ مسلك الرجل الحريص ، ومن ذلك العجز الجسماني . والاعتبار الثاني يتعلق بالكيان النفسي ، حيث يجب الاعتداد بالمهارات التي تفوق المتوسط .

١٨٤ — على أن واقع الامر أن الفكرة الاخلاقية لا تسعفنا في تفسير صور عديدة يقوم فيها الخطأ في جانب محدث الضرر رغم خلو مسلكه تماما من أي لوم اخلاقي .

ففي الالتزام العقدي بتحقيق نتيجة يعد المدين وقد أخل بالتزامه لمجرد

---

(١) ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٢٨ .

(٢) ديموج : الالتزامات ج ٣ فقرة ٢٦٣ .

(٣) دي جان لاماتي : الرسالة المشار اليها ١٩٦٥ فقرة ٥٤ و٥٥ و١٠٧ و١٥٣ — ١٥٥ .

اخفاقه فى تحقيق الغاية التى تعهد بها[1] ، ودون حاجة الى بحث مسلكه[2] .
وقد يكون مسلك المدين مجردا من أى انحراف وقد يكون قد بذل كل جهده
وكل ما فى طاقته فلم يفلح فى بلوغ هـذه الغاية لاسباب قد ترجع الى أن
تقديره المعقول لحجم الالتزام عند التعاقد اختلف عند التنفيذ مثلا ، ففى
هذه الحالة يكون مسلك المدين خاليا من أى لوم أخلاقى ، وقـد يمكنه
اثبات أنه بذل كل ما فى وسعه ، ومع ذلك فهو مخطىء خطأ عقديا يتمثل فى
الاخلال بالتزام عقدى وتنعقد مسئوليته .

وفى العقود التى أنشأ فيها القضاء التزاما بالسلامة كعقود نقل الركاب،
قد يثبت المدين أنه قد أوفى كل التزاماته العقدية وقام بكل ما يوجبه عليه
العقد والقانون من واجبات واحتياطات وقد يثبت أيضا أن مسلكه لا يقل عن
مسلك الرجل المعتاد ومع ذلك تنعقد مسئوليته لمجرد حدوث ضرر للراكب.

وفى المسئولية التقصيرية قد يثبت أن محدث الضرر قد بذل كل جهـده

---

(١) مازووتنك: المسئولية المدنية جـ١ - فقرة ٦٧٧ وما بعدها - السنهورى:
الوسيط جـ ١ فقرة ٤٢٨.

(٢) نقض مدنى فى ١٩٦٧/١٢/٢٢ «عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر
فى ذاته خطأ يرتب مسئوليته والتى لا يدرأها عنه الا اذا اثبت هو قيام السبب
الاجنبى الذى تنتفى معه علاقة السببية ... واذا كان التزام المطعون ضده
باقامة المبانى فى الموعد المتفق عليه هو التزام بتحقيق غاية فانه متى اثبتت
الطاعنة اخلاله بهذا الالتزام فانها تكون قد اثبتت الخطأ الذى تحقق به مسئوليته
ولا يجديه فى نفى هذا الخطأ ان يثبت هو انه قد بذل ما فى وسعه من جهـد
لتنفيذ التزامه فلم يستطع مادامت الغـاية لم تتحقق (محاماة العـدد الاول
السـنة ٤٩ ص١٢١) وفى هـذا المعنى ايضا نقض مدنى فى ٧ ينـاير ١٩٥٤
(محاماة : العدد السـادس السنة ٣٥ ص١٠٩٨)

وكل طاقته وكل ماتسمح به ظروفه الذاتية من فطنة وذكاء ومهـارة ومقدرة جسـانية لمنع وقوع الضرر : مع ذلك لم يفلح فى بلوغ مسلك الرجل المعتاد، ومع ذلك تقوم مسئوليته ولايمكن الادعاء بأن أساس هذه المسئولية هـو اللوم الاخلاقى .

وقد تقوم المسئولية على الخطأ المفترض افتراضا لايقبل اثبات العكس، ويثبت محدث الضرر أن مسلكه كان خاليـا من أى انحراف عن مسلك الرجل المعتاد أو حتى عن المعيار الذاتى أو ان مسلكه كان مجردا من أى لوم أخلاقى ؛ ومع ذلك تنعقد مسئوليته على أساس الخطأ .

ان محاولة الفقه التقليدى الابقاء على الفكرة الاخلاقية فى الخطأ رغم كل هذا التطور قد تبررها الخشية من أن اخلاء الخطأ من المعنى الاخلاقى من شأنه القضاء تماما على فكرة الخطأ واحلال فكرة التبعة محلها [1]. ولكن هذه الخشية لامحل لها اذا وضعنا فى اعتبارنا أن هناك فارقا شاسعا بين قيام المسئولية على مجرد احداث الضرر . وبين قيامها على احداث الضرر بسلك ينحرف عن مسلك الرجل المعتاد الذى يسلك بحرص وحيطة فى المجتمع [2] .

---

(١) ريبير : النظـام الديموقراطى . فقرة ١٨١ ص٣٢٧ — سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص٩٣ ومابعـدها — اندريه روست : تقرير عن ضرورة الخطأ فى المسئولية المدنية . المؤتمر الاول لاعمال مؤسسة هنرى كابيتان ١٩٣٩ ص ٢٩٥ وما بعدها .

(٢) وهو ما عبر عنه الاساتذة مازو بأن القانون لايحرم القتل او الجرح او احداث الضرر وانما يحرم الخطأ الذى من شأنه احداث القتل او الجرح او الضرر . مازو وتنك : المسئولية المدنيه ج ١ فقرة ٣٨٥ — ويقترب من هـذا الرأى اسمان . مبادىء المسئولية التقصيريه . المجلة الانتقادية للقانون المدنى

=

فهناك دائما مجالا للتفرقة بين المسئوليــة وعدم المسئولية عن طريق بحث مسلك المسئول .

١٨٥ — واذا كانت الفكرة الاخلاقيــة لاتسعفنا فى تفسير الكثير من تطبيقات الخطأ ، فان المعيار الاجتماعى المجرد هو وحـده الذى يصلح فى العصر الحديث أساسا لتفسير اعتبار الفعل الضار خطأ أو ليس خطأ .

فالاساس الاجتماعى للخطأ هو الذى يبرر اعفاء محدث الضرر من التعويض اذا كان مسلكه متفقا مع مسلك الرجل المعتاد ولو كان ذلك أدنى من سلوكه الذاتى الذى تعود عليه أو عرف عنه . كما أن هـذا الاساس الاجتماعى هو الذى يفسر حماية المضرور من التحمل بالصفات الذاتية لمحدث الضرر ان كان قليل الذكاء محدود الفطنة أو سريع الغضب بما يقل عن الرجل المعتاد

والاساس الاجتماعى الذى يحدد صفات الرجل المعتاد هو الذى يبرر اعتبار الاخلال بالالتزام بتحقيق غاية فى بعض العقود أو بالتزام السلامة خطأ يوجب المسئوليــة . كما أنه هو الذى يبرر اعتبار الخطـأ المفترض نوعا من الخطأ .

لذلك كان طبيعيا أن يتجه بعض الفقه الى العدول عن المعنى الاخلاقى للخطأ للقول بأن الخطأ ليس سوى فكرة اجتماعيــة فى أساسها [1] . وان

=

١٩٣٢ ص ٤٥٨ ، ثلاث مشاكل للمسـئولية المدنية . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٤ ص ٢١٢ — سافاتييه : القواعد العامة للمسئولية المدنية . المجلة الانتقادية للقـانون المدنى ١٩٣٤ فقرة ٢٦ ص ٢٢ ، نحو اجتماعيــة التبعات والمسئولية ، داللوز الاسبوعى ١٩٢١ ص ٩ وما بعدها .

(١) شميت : الخطأ المدنى والخطأ الجنائى ، ص ٨٤

القضاء فى العصر الحديث بدلا من أن يواجه الخطأ بمعيار الرجل المعتاد من الوجهة الاخلاقية ، يواجهه من وجهة النظر الاجتماعية . أى من حيث كون الفعل مألوفا أو غير مألوف من وجهة النظر الاجتماعية لمعرفة ما اذا كان مشروعا أو غير مشروع [١] . كما بدأ بعض الفقه التقليدى يتحول عن موقفه، فحيث المشرع يتجه الى تعويض أغلب المخاطر حتى ما كان منها غير متوقع فان الامر لايكون مسالة لوم يوجه الى سلوك ذلك الملتزم بتعويض الضرر . ذلك أنه اذا كان الالتزام بالتعويض بسبب حيازة الشىء أو طبيعة العقد أو ممارسة مهنة معينة فان الامر أصبح يتعلق بتوزيع المخاطر [٢] . فهذا التوسع فى المسئولية من شأنه القضاء تماما على المسئولية الاخلاقية فى اطار المسئولية المدنية [٣] .

ويعترف الفقه التقليدى بهذا التطور ، فالاندفاع نحو خلق صياغة جديدة للمسئولية بهذه الصورة أدى الى نسيان الصفة الاساسية للمسئولية، والى أخذ الوسائل مأخذ المبادىء حتى بدأ الفقه يتجه الى القول بأن المسئولية أصبحت بغير خطأ ، بل قد اتجه القضاء الفرنسى ذاته الى القول بافتراض المسئولية ذاتها بدلا من افتراض الخطأ [٤] . فالقانون الحديث لايلتفت كثيرا نحو محدث الضرر . ولكن ناحية المضرور ، أن ما يتغيه المضرور هو الحصول على تعويض . ولا يهمه أن يلوم القاضى التصرف الذى أحدث الضرر ، فسواء وقع خطأ أو لم يقع ، فان الضرر قد حدث وهنا

---

(١) شميت : الخطأ المدنى والخطأ الجنائى ص ٨٤
(٢) ريبير : الاثرى الخلاقة للقانون ، ١٩٥٥ فقرة ٧٣ ص ١٨٢
(٣) سافاتييه : تحولات القانون ، المرجع السابق ١٩٦٤ فقرة ٢٩٢ ص ٣٥١
(٤) ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١١٣ ص ٢٠٢

ما لايمكن التسامح فيه [1].

فهذا المعيار الاجتماعى المجرد اذن سواء كان وسيلة لقياس الخطأ أو لاثباته وسواء حور انقضاء فى مضمونه باضطراد حسب الحاجات الاجتماعية وحسب نوع الالتزام ؛ فهو فى جميع الفروض أصبح يستوحى فى اعماله اعتبارات اجتماعية ويأخذ الفرد بنوع سلوكه من وجهة النظر الاجتماعية وليس من وجهة النظر الاخلاقية .

---

(١) رسير : النظام الديموقراطى فقرة ١٦٩ ص ٢٠٧

المبحث الثانى

الخطأ الموصوف

١٨٦ - لم يعن التقنين المدنى بفكرة الخطأ الموصوف الا فى المسئولية العقدية ، حيث الغش يلزم المدين بتعويض الضرر غير المتوقع فضلا عن الضرر المتوقع. أما فى نطاق المسئولية التقصيرية فلا أهمية فى تقدير التعويض لما اذا كان الخطأ مجردا أو موصوفا . لذلك ذهب الفقه الفرنسى الى القول بأن القاعدة - بصدد تقدير التعويض - هى وحدة الخطأ ، مما يجب معه نبذ أى تدرج للخطأ [1] .

ولكن استظهار الوظيفة الاصلاحية للتعويض وما استتبعه من عدم التقيد باللوم الاخلاقى فى الفعل الضار مع الاتجاه نحو عدالة التعويض ، أدى الى الاهتمام بالخطأ الموصوف كمظهر لحماية القاعدة الاخلاقية فى اطار المسئولية المدنية [2] .

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية ج١ فقرة ٦٨١ وج ٣ فقرة ٢٣٦٤ - لالو : تدرج الاخطاء ، داللوز الاسبوعى ١٩٤٠ ص١٧ ومابعدها - بلانيول وريبير واسمان : ج٦ فقرة ٥٠٩ - السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٤٣٠ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٢٧٩ مكرر ص ٥١٠ - سافاتييه : المسئولية المدنية ج ٢ فقرة ١٧٧ ، ٤٨٣ ، ٦٠٩ وما بعدها - مازووتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٣٩٨ - ٤٠١ - روبلو : الخطأ الجسيم ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٣ ص١ ومابعدها - سيجير : فكرة الخطأ العقدى ، رسالة من بوردو ١٩٥٤ ص١٣٢ - ١٣٧ - ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٢١ وما بعدها .

فقد اتجه القضاء والتشريع فى فرنسا بصورة تدريجية ، الى استبدال التعويض العادل بتعويض رادع يبلغ مرتبة التعويض الكامل كلما انطوى الفعل الضار على خطأ موصوف . حتى اكتمل له الطريق فى سبيل ارساء مبدأ الربط بين الخطأ الموصوف والتعويض الكامل . وهذا ما نلسمه فى فكرة الخطأ الذى لايغتفر فى قانون اصابات العمل والغش أو الخطأ الجسيم فى التعويض التكميلى للفوائد التأخيرية ، وفى مسئولية الناقل البحرى ومسئولية الناقل الجوى وفى قانون عقد التأمين ، فضلا عن الاتجاه القضائى الثابت الذى يقرن الخطأ الجسيم بالغش ويرتب عليهما آثارا قانونية محددة فى التقدير القضائى للتعويض وخاصة فى تعويض الضرر الادبى .

وقد أفاد التقنين المدنى المصرى من هذا الاتجاه فربط بين الخطأ الموصوف والتعويض الكامل فى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية وفى قانون اصابات العمل وفى النقل البحرى والنقل الجوى ، حيث الغش أو الخطأ الجسيم ينتقل بالتعويض العادل الى التعويض الكامل .

ويعرف القانون الفرنسى ثلاثة أنواع للخطأ الموصوف هى الغش أو الخطأ العمد ، والخطأ الذى لايغتفر ، والخطأ الجسيم ، بينما جرى القانون المصرى على النص على نوعين من الخطأ الموصوف هما الغش والخطأ الجسيم .

وهذه الانواع من الخطأ الموصوف تختلف فى جسامتها حسب مدى تطابقها مع الخطأ الاخلاقى [1] ، وان كانت فى مجموعها تشكل تعديا على القاعدة الاخلاقية بوجب تقرير التعويض الرادع .

---

(١) سيجير : المرجع السابق ص ١٢٢ وما بعدها

ولكن لما كان التشريع والقضاء لم يتبع خطة واحدة فى المساواة بين هذه الاخطاء الموصوفة . اذ قد يتطلب نقيام الوظيفة الرادعة للتعويض درجة معينة من الخطأ الموصوف كالخطأ العمد أو الخطأ الذى لايغتفر دون الخطأ الجسيم ، لذلك ندرس درجات الخطأ الموصوف للتعرف على المعايير التى اتبعها الفقه والقضاء للتمييز بينهما .

المطلب الاول : الغش أو الخطأ العمد

المطلب الثانى : الخطأ الذى لا يغتفر

المطلب الثالث : الخطـأ الجسيم

المطلب الاول

الغش أو الخطـا العمـد

١٨٧ ـ تعريف الغش أو الخطا العمد ١٨٨ ـ عناصر الغش أو الخطا العمد
١٨٩ ـ اثبات الغش أو الخطأ العمد

١٨٧ ـ لم يضع التشريع الفرنسى أو المصرى تعريفا للخطأ العمد أو الغش ولكن الفقه لم يجد صعوبة فى تحـديده ؛ اذ سبق أن عرف القانون الرومانى فكرة الغش (dolus) كما عنى بوتييه . من فقهاء القانون الفرنسى القديم ، بتحديد هذه الفكرة[١] .

---

(١) Constantinsco, Léontin - Jean : Inexécution et faute contractuelle en droit comparé, thèse, Sar.c, 1956, ré éd 1959, No 180

وانظر ايضا بلانيول وريبير وبولانجيه : فقرة ٧٩٥

فالغش هو الخطأ العمد [١] الذى يتمثل فى انصراف الارادة الى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع فضلا عن انصرافها الى احداث الضرر [٢] وليس يلزم أن تستوعب ارادة الفاعل مقدار الضرر الذى قصد اليه بل يكفى أن يكون قد قصد احداث الضرر ، فالخطأ العمد أو الغش يتميز أساسا بالارادة والقصد الخبيث أو سوء القصد : فهو حالة نفسية تدل على سوء النية [٣] ، كما أنه يتميز أيضا بالسعى وراء الضرر [٤] .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : ج٦ فقرة ١٩٩

(٢) لالو : تدرج الاخطاء (La gamme de fautes) داللوز الاسبوعى ١٩٤٠ ص ١٩ — لالو : المسئولية المدنية فقرة ٤١٥/٧ — روديير : ج٩ مكرر من مطول بودان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩١ — بلانيول وريبير واسمان : ج٦ فقرة ٥١٣ — مازوتنك : المسئولية المدنية ج١ فقرة ٤٠٨ — ٤١٥ — سيجير (Ségur) فكرة الخطأ العقدى فى القانون الفرنسى : رسالة من بوردو ١٩٥٤ ص ١٤٠ وما بعدها — فينى : انهيار المسئولية الفردية الرسالة المشار اليها ١٩٦٤ فقرة ٢٧٥ — ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٥٢ — روبلو (Roblot) الخطأ الجسيم فى القانون الفرنسى ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٣ فقرة ٦ — حسين عامر : المسئولية المدنية فقرة ٢٠٠ — سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٣٦٣ — اسماعيل غانم : مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقرة ٢٣٤

(٣) جوسران : تعليق فى داللوز الدورى ١٩٣٣ — ١ — ٤٩ — اسمان : تعليق فى سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٢٨٩ — بلانيول وريبير واسمان : ج٦ فقرة ٥١٣

(٤) روديير : ج ٩ مكرر من مطول بودان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩١ — ويذكر لالو : (المقال المشار اليه عن تدرج الاخطاء ١٩٤٠ ص١٨ والمسئولية المدنية فقرة ٤١٥/٥) ان هناك ما يطلق عليه الخطأ الارادى (faute volontaire) وهو ما يدرج عادة فى وثائق التأمين وهو يتميز عن الخطأ العمد الذى لا يغطيه

═

وفى المسئولية التقصيرية يجب أن تتوافر نية الاضرار بالغير حتى يمكن القول بأننا بصدد خطأ عمد [1]. ذلك أنه ليست هناك رابطة قانونية بين الافراد فى هذا الصدد وبالتالى فان الغش هو الاعتداء المقصود على حقوق الغير .

أما فى المسئولية العقدية حيث يرتبط طرفى دعوى المسئولية برابطة عقدية فان مجرد المسلك السلبى من المدين ولو لم يكن متجاوزا يشير الى سوء النية ويكفى بذاته ، اذا كان من شأنه أن يضع عقبة أمام تنفيذ العقد ؛ لأن يعد خطأ عمدا [2]. فالارادة هى دائما القاسم المشترك ، فأى تصرف ارادى من المدين يظهر نية عدم التنفيذ يؤدى الى الخروج الارادى من الدائرة التعاقدية وهو مايميز الغش [3] . ولذلك فان الغش فى المسئولية العقدية يؤخذ بمضمون أوسع بحيث يشمل الارادة التى تدل على عدم فعل ما هو

=

التأمين بنص القانون. فبينما الخطأ العمد يتضمن قصد الاضرار ، ويجرى تقديره من وجهة النظر الاخلاقية فان الخطأ الارادى يتعلق بالحالة النفسية فالذى يميز الخطأ العمد هو السعى وراء الضرر ؛ بينما فى الخطأ الارادى فان الضرر قد لايكون مقصودا وان كان يمكن توقعه فهو خطأ ينشأ من فرط الثقة او التهور وهذا الافراط فى الثقة او التهور يمكن ان ينتج عن جسامة الخطأ او عن ادراك الفاعل للشذوذ او الاهمال المنسوب اليه على ان هذا الخطأ بهذه الصورة ان كان يتمثل فى امكان توقع الضرر دون السعى الى تحقيقه فانه لايحتفظ لنفسه بنطاق خاص اذ ان هذه الصفة يمكن ان تلحق الخطأ اليسير او الجسم او حتى الخطأ الذى لايغتفر ولذلك فانه لايعد درجة فى سلم الاخطاء

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٤١١ ، ٤١٣

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه : ج ٢ فقرة ٦٨٨

(٣) R. Jambu-Merlin : Dol et faute lourde, D. 1955 chr. P. 89

=

ضرورى لتنفيـذ العقد[1]، سواء كانت هناك أو لم تكن نية الاضرار[1] ، فالغش هنا هو سوء النية العقدية [2] ، أو هو كل سلوك مضـاد للالتزام العقـدى (anticontractuelle) [4]

١٨٨ ــ والخطأ العمد أو الغش هـو أشد الاخطاء الموصوفة جسامة وذلك ناتج عن أنه انعكاس مباشر للخطـأ الاخلاقى[5] . فاذا كان الخطـأ

=

ويضيف هذا الراى ان هذا التفسير هو الذى حدا بالقضـاء الفـرنسى الى قصر زوال التحديد القانونى لمسئولية السكك الحـديدية والناقل البحرى بحالة الغش دون الخطأ الجسيم ، اذ ان الخطأ الجسيم من تابعى السـكك الحـديدية او الناقل البحرى لايشـير الى ارادة عـدم تنفيـذ الالتزام من جانب المتعاقد .

(١) ديموج : الالتزامات ج ٦ فقرة ٢٧٨

(٢) بلانيول وريبير وروداں : ج ٧ فقرة ٨٣٢ و٨٦٥ ــ سيجير : فكرة الخطا العقدى، الرسالة المشار اليها ١٩٥٤ ص١٤٢ ، ١٤٣ ــ بلانيول وريبير واسمان: ج٦ فقرة ٥١٣ ــ محمود جمال الدين زكى : اتفاقات المسئولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد ٣ س٣٠ (١٩٦٠) ص٥٢١ وما بعدها فقرة ٢٥

(٣) سيجير : المرجع السابق ص١٤٠ ــ محمود جمال الدين زكى : المقال المشار اليه ١٩٦٠ فقرة ٢٥

(٤) جامبو ميرلين : المقال المشار اليه ص ٩٢

(٥) دابان : فلسفة النظام الوضعى ١٩٢٩ ص ٥٤٥ ــ رابو : فكرة الخطأ ، الرسـالة المشار اليهـا ١٩٤٧ فقرة ١٧٦ ص١٨٦ ــ فينى : انهيار المسئولية الفردية. الرسالة المشار اليها ١٩٦٤ فقرة ٢٧٥ ص٣٢٢ ، وفى نفس المعنى لالو: المسئولية المدنية فقرة ٤١٥/٦٥

الأخلاقي يتميز أساسا باتجاه نية الفاعل الى الاضرار بالغير ، وان المسئولية الأخلاقية تأخذ المذنب بقدر نيته . فان هذه الخصائص تمارس أثرها على تحديد عناصر الخطأ العمد وعلى اثباته .

فيجب للقول بالخطأ العمد أو الغش توافر عنصرين : أولهما انصراف النية أو القصد الى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع .وليس يعنى ذلك ضرورة أن يصدر الفعل أو الترك عن تدبير أو تفكير سابق ، فقد يكون الفعل أو الترك قد جاء عرضا أو استمرارا لعادة أو صفات ذاتية أو بتعمد الاهمال وعدم الحيطة .ولكن يخرج من دائرة الفعل أو الترك فى الخطأ العمد ، الفعل أو الترك الذى يتم فى غفلة من الارادة كالسهو أو الغفلة ، لأنها لاتشير الى نية خبيثة من الفاعل .ولايكفى تعمد الفعل أو الترك بل يجب أيضا أن يكون هذا الفعل أو الترك غير مشروع : فاذا كان مشروعا فلا يعتبر تعمده خطأ عمدا أو غشا ولو تعمد فاعله الاضرار بالغير كما فى حالة المنافسة المشروعة [1] .

والعنصر الثانى للخطأ العمد هو انصراف ارادة الفاعل الى نتائج هذا الفعل أو الترك غير المشروع أى انصراف النية الى الاضرار بالغير .فتعمد الفعل نفسه لايكفى للقول بوجود خطأ عمد ولو نتجت عنه أضرار غير مقصودة ولو كانت متوقعة .فقيادة سيارة بسرعة كبيرة عن عمد لاتكون خطأ عمدا طالما لم تنصرف اراد الفاعل الى احداث الضرر ، وانما توقع الضرر هنا قد يجعل الخطأ جسيما [2] . وانصراف نية الفاعل الى الاضرار بالغير لايلزم لتوافرها أن يكون الاضرار محددا أو مقصودا لذاته أو مؤكدا أو أن يقع بالفعل أو أن يكون للفاعل مصلحة فى احداث الضرر أو أن يسعى

---

(١) اسماعيل غانم : مصادر الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٢٣٤ ص٢٦؟

(٢) نفس المرجع

الي تحقيق هدف معين : بل يكفي أن تنصرف الارادة الى احداث ضرر ما [1]، حتى ولو لم يكن في استطاعة الفاعل ادراك مدى هذا الضرر ؛ أو كان الضرر تافها ، أو كان المقصود من الضرر الوصول الى هدف آخر [2] .

١٨٩ ـ والغش لا يفترض ولكن على القاضي اثباته [3] ، اذ هو يقوم على نية الاضرار . وقد ذهب جانب من الفقه [4] ، الى القول بأنه يكفي لقيام الخطأ العمد أن يتوافر لدى الفاعل توقع حدوث الضرر من جراء فعله وهو ما يعرف بنظرية توقع الضرر (représentation du dommage) ولكن هذه النظرية كانت محل انتقاد من الفقه [5] ، فالتوقع ليس هو بحال ارادة الضرر (prévoir n'est pas vouloir) . كما أن هذا يخالف التقليد الثابت في الفقه من أن الفعل غير المشروع قد يكون اهمالا . هذا بالاضافة الى أن ظروف الحال قد تؤدي الى عدم احتمال وقوع الضرر رغم قيام عنصر التوقع [6] . ومن ناحية أخرى فان القضاء الفرنسي استقر على

---

(١) محمود جمال الدين زكي : المقال المشار اليه فقرة ٢٥

(٢) فارن فان رين : المسئولية الاكويلية والعقد في القانون الوضعي ، باريس ١٩٣٣ فقرة ١٣٢ وما بعدها .

(٣) ديموج : الالتزامات ج ٦ فقرة ٢٧٨ ص ٣١١

(٤) بلانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٥١٢ ـ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٥٧

(٥) رودبير : ج ٩ مكرر من مطول بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩٢ ـ سيجير : الرسالة المشار اليها ص ١٤٢

(٦) ويقدم رودبير المثال التالي : اذا اطلق شخص رصاصة من مسدسه من داخل بيته على حائط مواجه في الناحية الاخرى من الطريق ، فانه يعد وفقا

=

تمييز الخطأ الذى لا يغتفر فيما يتعلق باصابات العمل عن الخطأ العمد بعنصر توقع الضرر . بينما الخطأ العمد يتطلب السعى وراء الضرر .

كما ذهب جانب من الفقه الى أن الخطأ الجسيم من شأنه أن يكون قرينة على توافر الغش ولكن هذا الرأى كان محل نقد من الفقه حيث السعى وراء الضرر خصيصة لازمة للغش [1] .

والمقياس فى الخطأ العمد أو الغش يبدأ موضوعيا بقياس الفعل أو الترك بمقياس الرجل المعتاد للقول أولا بأنه فعل أو ترك غير مشروع ثم يقاس بعد ذلك بمقياس ذاتى بالبحث فى نية الفاعل وقصده لمعرفة مدى تعمده الفعل والضرر [2] .

وقد تثور الصعوبة فى العمل فى التعرف على حقيقة نية الفاعل أو مقصده اذ أن هذه مسألة داخلية ونفسية محضة ليس من اليسير الوصول الى مكنونها وخاصة أن الدائن أو المضرور هو الذى يكلف باثبات سوء النية أو القصد استنادا الى أن حسن النية يفترض حتى يثبت العكس . ازاء ذلك

لهذه النظرية وانه قد ارتكب خطأ عمدا لمجرد توقع مرور شخص تصيبه هذه الرصاصة رغم انه يمكن وفقا لظروف الوقت أو البعد عن العمران والتعود وظروف اخرى ان يكون مطلق الرصاصة خالى الذهن تماما من فكرة وقوع حادث نتيجة لعمله وبالتالى رغم قيام فكرة التوقع قد يكون الحادث بعيد الاحتمال (ج ٩ مكرر من مطول بيدان ، فقرة ١٣٩٢) .

(١) انظر ما سيأتى فقرة ١٩٤ و ١٩٥

(٢) سليمان مرقس : مصادر ١٩٦٤ فقرة ٣٦٣

لايكون أمام القاضى الا الاستناد الى الظواهر الخارجية للاستدلال على حقيقة نية الفاعل ومقصده وهو بذلك قد يضطر الى أن يأخذ فى الاعتبار مدى الانحراف فى السلوك أو مدى المنفعة التى تعود على الفاعل من الفعل الضار أو عدم وجود أى مبرر أو عذر لهذا المسلك من جانب الفاعل. ولكن كل هذه الظواهر لن تكون سوى قرائن أو وسائل اثبات للتوصل الى سوء النية أو القصد وهى فى جميع الاحوال تتوارى أمام وجود الدليل القاطع على حسن نية الفاعل وعدم تعمده الاضرار بالغير .

والخطأ العمد كالخطأ الاخلاقى . ليس فى عناصره واثباته فحسب ، بل أيضا من حيث التشدد فى الجزاء. فكما أن المسئولية الاخلاقية تأخذ المخطىء بقدر خطئه فان الغش أو الخطأ العمد يستوجب فى المسئولية المدنية، وكقاعدة عامة لاتقبل أى استثناء ، رفع كل حماية أو تخفيف أو ميزة عن مرتكب هذا الخطأ .

المطلب الثانى

الخطأ الذى لا يغتفر

١٩٠ ــ تحديد فكرة الخطأ الذى لا يغتفر ١٩١ ــ عناصر الخطأ الذى لا يغتفر

١٩٠ ــ الخطأ الذى لايغتفر (faute inexcusable) نوع من الخطأ الموصوف يعرفه القانون الفرنسى بصدد اصابات العمل ولا يعرفه القانون المصرى. وأظهر تطبيقات هذا الخطأ مانص عليه قانون العمال الصادر

فى فرنسا فى ٩ ابريل ١٨٩٨[١] : من حق العامل المصاب فى اقتضاء تعويضات اضافية تجاوز التعويض الجزافى المنصوص عليه فى القانون عن الاصابة وذلك متى نتجت هذه الاصابة عن خطأ لايغتفر من جانب رب العمل أو من يمثله . كما أنه اذا نتجت الاصابة من خطأ لايغتفر من جانب العامل فان من شأنه ذلك تخفيض التعويض الجزافى . وتحديد فكرة الخطأ الذى لايغتفر فى القانون الفرنسى كان من عمل القضاء ؛ ولذلك فان هذه الفكرة تأخذ معنى واحدا فى نظر الفقه[٢] ازاء التحديد الذى انتهت اليه محكمة النقض الفرنسية بعد عدة محاولات .

ففى البداية حيث لم تكن محكمة النقض الفرنسية تراقب التكييف القانونى للخطأ ؛ فان قضاة الموضوع لم يتفقوا على تعريف موحد للخطأ

---

(١) ورد ذكر الخطأ الذى لايغتفر فى المادة ٢٠/٤ من قانون العمال الصادر فى ٩ ابريل ١٨٩٨ ثم اعيد الاخذ به فى قانون ٢ يوليو ١٩٣٨ ثم بقانون ٣٠ اكتوبر ١٩٤٦؛ مادة ٦٥ وحاليا فان هذا الخطأ نصت عليه المادة ٦٨ من قانون التامينات الاجتماعية .

(٢) لالو : المسئولية المدنية فقرة ٤١٥/٦ وتدرج الاخطاء ؛ داللوز الاسبوعى ١٩٤٠ ص١٩ ـ مازووتنك المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٤١٤؛ وهامش ١٠ ـ روديير ج٩ مكرر من مطول بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٤٢٠ ـ ستارك : المرجع السابق ص ٤٣٧ وما بعدها ـ سيجير : الرسالة المشار اليها ١٩٥٤ ص١٤٧ وما بعدها ـ سيجير : الرسالة المشار اليها ١٩٥٤ ص١٤٧ ومابعدها ـ فينى : انهيار المسئولية الفردية ١٩٦٤ فقرة ٢٧٦ وما بعدها ؛ ديجان دى لاباتى : التقدير المجرد والتقدير الذاتى ١٩٦٥ فقرة ١٣٨ ـ ١٤٣ ـ كونستانتينسكي : الرسالة المشار اليها ١٩٥٦ فقرة ١٩٤ ـ ١٩٦ ـ اندريه بيسون : تحريم التامين من نتائج الخطأ الذى لايغتفر ـ داللوز ١٩٤٧ ص٦٥ وما بعدها ـ حسين عامر : المسئولية المدنية فقرة ٢٠٨ وما بعدها .

الذى لايغتفر . ولكن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكما فى عام ١٩٣٢[1] ميز الخطأ الذى لايغتفر بثلاثة عناصر : ١) الصفة الارادية للفعل أو الترك ٢) المعرفة بالخطر الذى يمكن أن ينتج عن الفعل أو الترك ٣) عدم وجود عذر يبرر هـذا الفعل أو الترك كحالة عاجلة أو مصلحـة أو دفع ضرر أو ما الى ذلك .

وفى عام ١٩٣٧[2] عدلت محكـمة النقض الفرنسية عن تعريفها للخطأ الذى لايغتفر بالنسبة لعنصر الصفة الارادية للفعل فألغت هذا العنصر اكتفاء بتوافر العنصرين الآخرين . ولكن هذا التحديد الجديد للخطأ الذى لايغتفر اقترب به من الخطأ الجسيم . ولذلك عادت المحكمة الى تحديد جـديد فى حكم صادر من الدوائر المجتمعة فى عام ١٩٤١[3] ، فانتهت الى وضع الخطأ غير المغتفر بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم[4] ، وقالت المحكمة فى حكمها « ان الخطأ الذى لايغتفر هو الخطأ الذى يبلغ من الجسامة حدا غير عادى وينتج عن فعل أو ترك ارادى أو عن معرفة بالخطر كان يجب أن توجد لدى الفاعل ، مع تخلف أى سبب مبرر ، ويتميز عن الخطأ العمـد بتخلف عنصر العمد » . وبذلك أصبح لايشترط علم مرتكب الخطأ بخطورة تصرفه ، بل يكفى أن يكون الخطر من المستطاع توقعه عادة . وقد رددت محكمة النقض الفرنسية هذا التعريف بعد ذلك باستقرار .

---

(١) نقض فرنسى فى ٢٢ فبراير ١٩٣٢ ، داللوز ١٩٣٢ - ١ - ٢٥

(٢) نقض فرنسى فى ٤ مايو ١٩٣٧ - سيرى ١٩٣٧ - ١ - ٢٣١

(٣) الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يوليو ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ - ٢ - ٢٥٤ - داللوز ١٩٤١ - ١ - ١١٧

(٤) روبلو : الخطأ الجسيم : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٣ فقرة ١٦

١٩١ - ويتضح من هذا التعريف الأخير للخطأ الذى لايغتفر أنه يشترط توافر العناصر الواردة به دون افتراضيا. وهذه العناصر يمكن تحليلها الى أربعة : ١) الجسامة غير العادية للفعل أو الترك ٢) تخلف أى عذر يبرر هذا الفعل أو الترك ٣) المعرفة أو امكان المعرفة بالخطر الذى يمكن أن ينتج عن الفعل أو الترك ٤) الصفة الارادية للفعل أو الترك.

والعنصران الاول والثانى عنصران موضوعيان بمعنى أن قياس درجة جسامة الفعل أو الترك وقياس مدى الأعذار المبررة التى يتذرع بها المخطىء يتم بطريقة موضوعية مجردة قوامها مسلك الرجل المعتاد ولا دخل فيها للاعتبارات الشخصية أو الادبية ، أما العنصر الثالث فقد يكون شخصيا باثبات معرفة رب العمل بالخطر الذى يمكن أن ينتج من الفعل أو الترك ، فاذا لم يسعفنا هذا المقياس الذاتى ؛ وتذرع رب العمل بعدم علمه بهذا الخطر ، فنلجأ الى المعيار الموضوعى وهو معيار الشخص المعتاد الذى يوجد فى نفس الظروف الخارجية التى وجد فيها الفاعل لمعرفة مدى امكان علمه بالخطر الذى قد ينتج من الفعل أو الترك. أما العنصر الرابع فهو عنصر شخصى أو ذاتى اذ يجب أن تتجه الارادة الى الفعل أو الترك وبمعنى أدق يجب أن يكون الفعل أو الترك مقبولا من جانب الفاعل ولكن لاتصل هذه الارادة الى حد تعمد الضرر والا كنا بصدد خطأ عمد [1].

---

(١) والإرادة بصدد الخطأ تختلف عن النية او القصد فالخطأ يكون عمدا أو بسوء نية او بسوء قصد اذا كان يتجه الى تحقيق الضرر الواقع ولكنه يكون اراديا اذا كان الفاعل ؛ رغم انه لم تتوافر لديه هذه النية ، يعلم بمدى جسامة =

وهكذا تجد الخطأ الذى لايغتفر : الذى لقى مجال تطبيقه وتفسيره فى اطار المسئولية عن حوادث العمل ، يتحلل الى عناصر موضوعية وذاتية تضعه فى المرتبة ما بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم . وهذه العناصر هى التى وضعته بين أنواع الخطأ الموصوف ، اذ هى مظهر اقترابه من الخطأ الاخلاقى من حيث الاعتداد بالارادة ومدى اللوم الذى يستتبعه الفعل أو الترك وبمدى الجزاء الذى يترتب عليه .

المطلب الثالث

الخطـــا الجسـيم

١٩٢ - اهميـة الخطـا الجسيم ١٩٣ - تحديد فـكرة الخطـا الجسيم ١٩٤ - التفرقة بين الغش والخطا الجسيم ١٩٥ - مسلك القضاء الفرنسى ١٩٦ - التفرقة بين الخطا الجسيم والخطا الذى لايغتفر ١٩٧ - التفرقة بين الخطـا الجسيم والخطـا اليسير ١٩٨ - معـايير جسـامة الخطـا ١٩٩ - المعيـار الذاتى ٢٠٠ - الخطـا المكسب ٢٠١ - الخطا الجنائى ٢٠٢ - التشريع الفرنسى والتشريع المصرى ٢٠٣ - ثنائية الخطا الموصوف فى التشريع المصرى ٢٠٤ - الخطا المهنى الجسيم ٢٠٥ - تحديد فكـرة الخطا الجسيم فى التشريع المصرى ٢٠٦ - رقابة محكمة النقض

١٩٢ - لم يهتم التقنين المدنى الفرنسى فى تنظيمه لقواعد المسئولية

= النتائج الضارة التى يمكن ان تترتب على فعـله اروست وجيفورد : مطول قانون اصابات العمل ١٩٣٤ فقرة ١٩٣٢ ؛ اندريه روست : تعليق فى داللوز D.C. ١٩٤١ : ١١٧ - وانظر ايضا لالو : تدرج الاخطاء . داللوز الاسبوعى ١٩٤٠ ص١٩ والمسئوليـة المدنية فقرة ٤١٥/ ٥ ٦٠ من ان الغش او نية الاضرار تتضمن قياسا اخلاقيا بينما الارادة هى مسألة قياس نفسى أو ذاتى .

المدنية بفكرة الخطأ الجسيم [1]. ولكن هـذه الفكرة بدأت تأخذ دورها البناء فى المسئولية المدنية فى مرحلة لاحقة على يد القضـاء الفرنسى الذى استقر على معاملة الخطأ الجسيم معاملة الغش فيما يتعلق بتحديد المسئولية أو التخفيف أو الاعفاء منهـا ، وفى مدى التعويض الذى يلتزم به المدين فى المسئولية العقدية [2] كما بدأت أهميـة الخطأ الجسيم تزداد أيضا بفضل الاتفاقيات الدولية الخاصة بتحديد مسئولية الناقل البحرى أو الجوى أو النقل بالسكك الحديدية ، وبفضل ظهور التأمين من المسئولية - حيث ظهرت اتجاهات تشريعية وأخرى قضائية ترمى الى المساواة بين الغش والخطـأ الجسيم أو المفـارقة بينهمـا فيما يتعلق بمدى التعـويض الذى يلتزم به محدث الضرر .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد حرص على أن يقرن الخطأ الجسيم بالغش فى الآثار التى تنعكس على مدى التعويض فى حالات معينـة مثل تعويض الضرر غير المتوقع فى المسئولية العقدية ، وزوال التحديد الاتفاقى أو القانونى لمدى التعويض ، وشروط الاعفاء من المسئولية. ولكن التشريع المصرى لم يقرن الخطأ الجسيم بالغش فى حالات أخرى مثـل التأمين من المسئولية والتعويض التكميلى الذى يضاف الى الفوائد التأخيرية ونظـام التهديد المالى .

وبهذا المسلك التشريعى والقضائى أخذ الخطأ الجسيم مكانه بين الاخطاء الموصوفة. ويرجع ذلك الى أن الخطأ الجسيم يقترب من الخطأ الاخلاقى فى أنه يمثل انحرافا جسيما فى السلوك يشير الى تهـور وخفة لاتصدر الا عن

---

(١) روبلو : فكرة الخطأ الجسيم ، المقال المشار اليه فقرة ١٥

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٢/٦٧٥

استخفاف بقواعد الاخلاق[1]، ولذلك فهو يؤدى الى اعمال الوظيفة الرادعة للمسئولية بالتشدد فى التعويض[2]، ولذلك أصبح الخطأ الجسيم محل اهتمام كبير من الفقه الفرنسى[3]، الذى رأى أن الخطأ الجسيم ولد من جديد فى القانون الفرنسى بعد أن كان قد فقد الاهمية التى شغلت اذهان فقهاء القانون الفرنسى القديم[4].

١٩٣ — وتحديد فكرة الخطأ الجسيم كفكرة لها نطاقها الذاتى، لم يغب عن أفكار الفقهاء منذ البداية، فنجد بوتييه يعرف الخطأ الجسيم فى تقسيمه الثلاثى للاخطاء بأنه «عدم بذل العناية بشئون الغير بصورة لاتصدر من أقل الناس حرصا وأشدهم غباء فى شئونهم الخاصة، وهذا الخطأ يتعارض مع حسن النية»[5]. ولكن تحديد فكرة الخطأ الجسيم فى العصر الحديث ارتبط بتعدد الادوار المسندة الى هذا الخطأ[6].

---

(١) ويقترب من هذا المعنى محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق ص٥٧٨

(٢) بلانيول وريبير واسمان: ج٦ فقرة ٣٧٩ مكرر — كونستانتينسكو: الرسالة المشار اليها فقرة ١٩٢

(٣) فوازنيه (Voisinet) الخطأ الجسيم فى القانون الخاص الفرنسى، رسالة من باريس ١٩٣٤ ص٢٦٤ و ٤٠٥ — ليون مازو: المشابهة بين الخطأ الجسيم والغش، داللوز الاسبوعى مادة ١٩ — جامبوميرلين: الغش والخطأ الجسيم، داللوز ١٩٥٥ مادة ٨٩ — فوفان من (Vu Van Mau) الخطأ الجسيم من الناقل، جازيت دى باليه ١١، ٢٥، ٢٨ اغسطس و٣ سبتمبر ١٩٥٣ — روبلو: الخطأ الجسيم، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٣

(٤) مازوتنك: المسئولية المدنية ج١ فقرة ٢/٦٩١

(٥) لالو: تدرج الاخطاء، المقال المشار اليه ١٩٤٠.

(٦) روبلو: الخطأ الجسيم، المقال المشار اليه ١٩٤٣ فقرة ٢٧

وتحديد فكرة الخطأ الجسيم يقتضى التمييز بينه وبين الغش والخطأ العمد والخطأ الذى لايغتفر من ناحية وبينه وبين الخطأ اليسير من ناحية أخرى ، مع التعرف على الوسائل التى قدمها الفقه والقضاء لتحديد هذه الفكرة .

١٩٤ — وقد كان التمييز بين الغش والخطأ الجسيم محل جدل كبير من الفقه والقضاء الفرنسى . فذهب جانب من الفقه الفرنسى الى المساواة بين الغش والخطأ الجسيم استنادا الى القاعدة التى سادت فى القانون الرومانى (culpa lata dolo aequiparatur) (١)

الا أنه يرد بأن القاعدة لاتعنى فى حقيقتها أن القانون الرومانى قد قصد الى المساواة بين الغش والخطأ الجسيم أو الى اخضاع الخطأ الجسيم لنظام

---

(١) سوردا : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٦٦٢ مكرر ص٥٩٩ — بودرى وبارد : طبعة ثانية جـ ٤ فقرة ٢٨٦٩ — كولين وكابيتان ودى لاموراندير : جـ ٢ ، فقرة ١٣٩ مكرر — بلانيول وريبير وبولانجيه : جـ٢ فقرة ٧١٤ و٧٨٧ و٧٩٨ — بلانيول وريبير واسمان : جـ ٦ فقرة ٤٥٢ وجـ ٧ بمعاونة بودوان : فقرة ٨٥١ و٨٦٥ مكرر — سافاتييه : المسئولية المدنية جـ١ فقرة ١٧٧ ومابعدها وجـ٢ فقرة ٦٦٠ — لالو : المسئولية المدنية فقرة ٥١٨ — ديموج : الالتزامات جـ٥ فقرة ١١٧٥ — روديير : جـ٩ مكرر من مطول بودان ١٩٥٢ فقرة ١٤٢٢ — اسمان : شروط عدم المسئولية . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٦ ص٣١٢ وعام ١٩٣٤ ص ٣٥١ — روديير : فكرة مهددة . الخطأ العقدى . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٤ ص٢٠١ — سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٣٦٣ — اسماعيل غانم : أحكام الالتزام ١٩٦٨ فقرة ٣٤ وهامش ٢ صفحة ٦٨ .

استثنائى مثل ذلك الذى يخضع له الغش . ولكن القصد من هذه القاعدة فى القانون الرومانى هو أن المدين يكون فى جميع العقود مسئولا ليس فقط عن غشه ولكن أيضا عن خطئه الجسيم . وهـذا هو الانطباع الذى يمكن ملاحظته من أفكار بوتييه ، التى تستوحى أفكار القانون الرومانى ، اذ هو فى تشبيهه الغش بالخطأ الجسيم يرمى الى الحالات التى تنعقد فيها مسئولية المدين وليس الى مدى مسئوليته . وعلى ذلك فانه فى القانون المعاصر لا يستقيم الاستناد الى هذه القاعدة القديمة التى يشوبها الشك فى وجودها وفى فهمها [1] . كما أن هذه القاعدة فقدت سندها بظهور نصوص تشريعية تعتد بالخطأ العمد دون الخطأ الجسيم ومثال ذلك قانون ١٣ يوليو ١٩٣٠ بشأن عقد التأمين .

وقد اتجه أنصار المساواة بين الغش والخطأ الجسيم الى تبرير آخر بالقول بأن الخطأ الجسيم يعد قرينة على قيام الغش فاذا كان الخطأ العمد يستند الى النية والقصد ، فان مجرد علم الشخص بما قد يترتب على مسلكه من ضرر ولو لم يقصد هذا الضرر ، يكفى للقول بوجود نية الاضرار لديه مما يسوى بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم [2] . ولكن هذا الرأى كان منتقدا بدوره من جانب آخر من الفقه حيث القصد يفترض ارادة تتجه نحو هدف

---

(١) جامبومرلين : الغش والخطأ الجسيم . داللوز ١٩٥٥ ص ٨٩ وما بعدها — سيجير : المرجع السابق ص ١٦٤ — روبلو : الخطأ الجسيم ١٩٤٣ فقرة ٦ ص ٥ — بيكارد وبيسون : مطول التأمين البرى ج ٢ فقرة ٣٠ — ستارك : المرجع السابق ص ٤٢٧ — دى باج : طبعة ثالثة ١٩٦٤ ج ٢ فقرة ٥٩١ مكرر ص ٥٨٥ .

(٢) روبلو : المرجع السابق فقرة ٧

وبالتالى يجب أن يكون الضرر مقصــودا ولا يكفى أن يكون متوقعا [١].

لذلك اتجه رأى آخر فى الفقه الى أن الخطأ الجسيم يعــد قرينة قابلة لاثبات العكس على قيام الغش [٢] .فالمساواة بين الغش والخطأ الجسيم لاتستند الى الوحدة بينهما فى الطبيعة . اذ الخطأ الجسيم مهما كان جسيما، لايعنى أن مرتكبه قد رغب فى تحقق الضرر ، وهو لذلك خطأ غير عمدى، يتمثل فى غلط أو اهمال أو عدم حيطه وهو لذلك من الاخطاء غير العمدية ، ولكنه يتميز عنها فى درجة الجسامة . كما أنه اذا كانت فكرة النظام العام والشرط الارادى تبرر الغــاء شروط عــدم المسئولية أو شروط تحــديد المسئولية فى حالة الخطأ العمد ؛ فان ذلك لايصدق على الخطأ الجسيم من حيث التبرير.ولكن المشابهــة بين الغش والخطأ الجسيم تتعلق بالاثبات ؛ فمرتكب الخطأ العمد يتقنع دائما بقناع الغباء ؛ فهو يعترف بجسامة خطئه ولكنه يدعى حسن نيته ، ويمثل دور الاحمق.أنه يعترف بأنه سلك سلوكا شاذا ولكن بحماقة وبدون خبث.فيجب اذن أن نضع حــدا لهذه الطريقة السهلة للدفاع بأن نرتب على الخطأ الجسيم نفس نتائج الخطأ العمد.فالخطأ الجسيم يفترض الخطأ العمد.ولكن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ؛ لأن القرينة القانونية لاتكون قاطعة الا مع وجود نص قانونى بذلك.فالخطــأ الجسيم اذن يفترض أنه خطأ عمد حتى يثبت العكس ، وفى هذه الحــدود

---

(١)روبلو : الخطأ الجسيم ١٩٤٣ فقرة ٧ ص٥ ـ ومن هذا الرأى أيضــا روديير فى انتقاده لنظرية توقع الضرر من أن التوقع ليس هــو بحال ارادة الضرر (ج ٩ مكرر من مطول بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩٢

(٢)ليون مازو: المشابهة بين الخطأ الجسيم والغش.داللوز الاسبوعى ١٩٣٢ ص٩ ومابعدها ـ مازو وتنك: المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٤١٤ ـ دى لاموراندير اكولين وكابيتان ج ٢ فقرة ٩٢٦ .

وحدها يمكن مشابهة الخطأ الجسيم بالخطأ العمد [١] .

وقد انتقد هذا الرأى بما هو مستقر فى علم القانون من أن حسن النية يفترض ؛ وعلى المضرور أن يثبت سوء نية مرتكب الخطـأ ؛ وان من شأن القول بأن كل خطأ جسيم يشكل غشا أو خطأ عمـدا اعتبار سوء النية هو القاعدة وحسن النية هـو الاستثناء [٢] . هذا بالاضافة الى أن القرينـة لاتكون مقبولة فى المسائل القانونية وانما تقبل فى مسائل الواقع [٣] . ومن

---

(١) ويقترب من هذا الرأى روبلو (المقال المشار اليه ١٩٤٣ فقرة ٩ ص٧) من انه تجب المشابهة فى حالات تحتمهـا الاعتبارات المستخلصة من المصلحـة الاجتماعية كالالزام بتعويض الضرر غير المتوقع فى المسئولية العقدية ، وزوال شرط تحديد المسئولية او الاعفاء منها ، وذلك حتى لاتثير فكرة التفرقة فى المعاملة بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم أو مشكلة الحدود الفاصلة بينهما ، وايضا بلانيول وريبير واسمان (ج٦ فقرة ٤٠٩) من انه من الصعب فى العمل معرفة ما اذا كان الخطأ الجسيم متعمـدا أو غير متعمـد — وفى نفس المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ج٢ فقرة ٧١٤ — وروديير : فكرة مهددة ، الخطأ العقدى : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٤ ص ٢٠١ من ضرورة المساواة بين النفتين [illegible] الجسيم حماية لفكرة الخطأ ذاتها التى تلقى اليوم هجوما من كل مكان — ومن هذا الرأى اسماعيل غانم (أحكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٢٤ وهامش ٢ ص٦٨ من ان الخطأ العمـد والخطأ الجسيم يختلطـان فى العمل فتصعب التفرقة بينهما ، كما انه من المتعذر معرفة نية الفاعل ، ولذلك يؤخذ الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد ، مالم يثبت مرتكب الخطأ حسن نيته .

(٢) جوسران : تعليق فى داللوز الدورى ١٩٢٣ — ١ — ٥٢ ومطول القانون المدنى ج ٢ فقرة ٦١٢ مكرر و٦٢٤ .

(٣) ستارك : المرجع السابق ص٢٨ .

ناحيـة أخرى فان القول بأن الخطأ الجسيم يسـاوى الغش هـو قول خاطىء من الناحية النفسية . فبين الخطأ الارادى ولو كان جسيما وبين الغش أو الفعل الذى يرتكب بسوء قصد توجد هوة واسعة . ودليل ذلك أنه مما يتعارض مع الاخلاق تأمين الشخص من نتائج خطئـه العمد وليس الأمر كذلك فى الخطأ الجسيم[1] .

واذا كان جانب من الفقه الفرنسى قد رفض المساواة بين الغش والخطأ الجسيم[2] ، فان بقية الفقه الفرنسى تتجه الى أن المساواة بين الغش والخطأ الجسيم لاتعنى اتحادهما فى الطبيعة والصفات . ولكن مجرد المساواة بينهما فى الآثار القانونية[3] .

---

(١) كابيتان : تعليق فى المجلة العـامة للتـأمين البـرى ١٩٣٠ فقـرة ١٦ ص٧٥٥ — وانظر أيضا بيكارد وبيسون : مطول التأمين البـرى ج٢ فقرة ٣٠

(٢) جوسران : تعليق فى داللوز الدورى ١٩٣٢ — ١ — ٤٩ — لالو : تدرج الاخطاء ، داللوز الدورى ١٩٤٠ — جامبوميرلين : المقال المشار اليه-داللوز الدورى ١٩٥٥ — فوازنيت : الخطأ الجسيم الرسالة المشار اليها ١٩٣٤ ص٤٠ ومابعدها .

(٣) ديموج : الالتزامات ج ٦ فقرة ٤٠٣ — لالو : المسئولية المدنية ، فقرة ٤١٥/٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه : ج٢ فقرة ٧١٤ — كولين وكابيتان ، طبعة عاشرة بمعاونة دى لامور انديير : ج٢ فقرة ١٣٩مكرر — جوسران : طبعة ثالثة فقرة ٦١٢ مكرر وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان : ج٦ فقرة ٣٧٩ ثانيا — بيكارد وبيسون : مطـول التـأمين البرى ج٢ فقرة ٣٠ — ريبير : القاعـدة الاخلاقية فقرة ١٦٣ — مازووتنك : المسئوليـة المدنية ج٢ فقرة ٢٣٧٤ — ستارك : المرجع السابق ص٤٢٧ ومابعدها — رايو : الرسالة المشار اليهـا

=

فالخطأ الجسيم يتميز عن الخطأ العمد أو الغش فى أنه لايتضمن قصد الاضرار بالغير[1] . كما يتميز الخطأ الجسيم عن الخطأ العمد فى أنه بينما الخطأ العمد يقاس بمقياس ذاتى أو شخصى بالبحث فى النية أو القصد ، فان الخطأ الجسيم يقاس بمقياس موضوعى مجرد هو مقياس الرجل المعتاد[2] . وأخيرا فانه فى المسئولية العقدية بينما يتمثل الخطأ العمد فى رفض التنفيذ ، فان الخطأ الجسيم يتمثل فى تأكيد نية التنفيذ ، اذ الانحراف لن يتواجد الا بصدد التنفيذ ، ولذلك فهناك اختلاف واضح بين الفكرتين[3] .

١٩٥ - ولم يستقر القضاء الفرنسى أيضا على قاعدة واحدة فيما يتعلق بالمساواة والتفرقة بين الغش والخطأ الجسيم : فهو اذ يقر هذه المساواة فى بعض الفروض ، فانه يذهب الى التفرقة المطلقة بينهما فى فروض أخرى استجابة للحاجات العملية .

ومن ذلك أن القضاء الفرنسى يستبعد شرط عدم المسئولية وشرط

=

فقرة ٣٢ - سيجر : الرسالة المشار اليها ص١٦٤ ومابعدها - روبلو : المقال المشار اليه١٩٤٢ ص٨ ، ميشيل جوجلارت : الغش والخطأ الجسيم فى النقل الجوى ، داللوز ١٩٥٢ مقال ١٠١ ص ٨ - سافاتييه : القواعد العامة للمسئولية المدنية:المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٢٤ ص٤٩١ ومابعدها فقرة٨١ - فوازنيه : المرجع السابق ص٤١٧ - ٤٢٩ - محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق فقرة ٢٦

(١) بلانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٣٧٩ مكرر - كونستانتينسكو : المرجع السابق فقرة ١٩٢ .

(٢) كونستانتينسكو : المرجع السابق فقرة ١٩٣ .

(٣) جامبو ميرلين : الغش والخطأ الجسيم ، داللوز ١٩٥٥ ص٨٩ ومابعدها

التحديد الاتفاقى للمسئولية فى المسائل التعاقدية فى حالة الخطأ الجسيم كما فى حالة الخطأ العمد. وكذلك استقرت محكمة النقض الفرنسية على المساواة بين الغش والخطأ الجسيم : من حيث امتداد التعويض الى الضرر غير المتوقع علاوة على الضرر المتوقع فى المسئولية العقدية [١] .

ولكن القضاء الفرنسى ، يذهب مع ذلك الى التفرقة بين الغش والخطأ الجسيم فى حالات أخرى . ومن ذلك عدم استبعاد شرط تحديد المسئولية بالنسبة للسكك الحديدية الا فى حالة الغش دون الخطأ الجسيم [٢] ، وكذلك الشأن فى مسئولية الناقل البحرى [٣] .

١٩٦ ــ وكذلك يتميز الخطأ الجسيم عن الخطأ الذى لايغتفر فى القانون الفرنسى من حيث الصفة الارادية للفعل (acte volantaire) فالخطأ الجسيم خطأ غير عمدى (involantaire) يتمثل فى أفعال الاهمال أو عدم الحيطة غير الارادية بينما الخطأ الذى لايغتفر يتمثل فى أنه خطأ ارادى (volontaire) أى أن الفعل الذى أدى الى الضرر كان محل ادراك أو قبول من مرتكب

---

(١) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ٢ فقرة ٢٣٤٥ و٢٦٣١ ــ ديموج : الالتزامات جـ ٦ فقرة ٤٨٨ ــ بلانيول وريبير واسمان : جـ ٦ فقرة ٤١٣ ــ كولين وكابيتان ودى مورلانديير : جـ٢ فقرة ٩١٩ ــ لالو : المسئولية المدنية فقرة ٥١٨

(٢) نقض فرنسى فى ١٩٣٢/٨/٣ ، داللوز ١٩٣٣ ــ ١ ــ ٤٩ وقد صدر هذا الحكم تحت تأثير صدور قانون ١٣ يوليو ١٩٣٠ باجازة التأمين من نتائج الخطأ الجسيم دون الخطأ العمد : ثم استقرت محكمة النقض الفرنسية على هذا المبدأ بعد ذلك انقض تجارى فرنسى فى ٨ مايو ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ ــ ٤٦٦

(٣) نقض تجارى فرنسى فى ٦ يوليو ٥٤ . داللوز سيرى ١٩٥٥ ص١ تعليق ريبير ، محكمة باريس فى ٦ يونيو ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٢ ــ ٦٩١ تعليق ريبير .

الخطأ. وبديهي أن الصفة الارادية للفعل لاتمتد الى الضرر ذاته والا كنا بصدد خطأ عمد[١] .

١٩٧ - ومتى فصلنا فكرة الخطأ الجسيم عن الخطأ العمد وعن الخطأ الذى لايغتفر، بقى لنا أن نميز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير (faute légére). وفى هذا الصدد لم يتمكن الفقه والقضاء من التقيد بتعريف موحد للخطأ الجسيم لغياب التعريف القانونى من ناحية[٢]؛ وتعدد صور الخطأ الجسيم بتعدد أوجه استخدامه من ناحية أخرى[٣] .

وقد اتجه الفقه الفرنسى فى البداية الى قياس الخطأ الجسيم بمدى الجسامة التى يتصف بها تقصير المسئول (imperité) أو تهاونه (incuric) فى الوفاء بالتزاماته العقدية أو غير العقدية[٤].

---

(١) لالو : تدرج الاخطاء ، دالloz ١٩٤٠ ص١٧ ومابعدها ؛ المسئولية المدنية فقرة ٤١٥ /٢ - روبلو : فكرة الخطأ الجسيم - المقال المشار اليه ١٩٤٣ ص١ وما بعدها فقرة ١٧ - فونان مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل ، جازيت دى باليه ١٩٥٣ ص ١٩ - سيجير : فكرة الخطأ العقدى ، الرسالة المشار اليها ص١٤٨ ، ١٤٩ .

(٢) سوفاج (Sauvage) فكرة الخطأ الجسيم فى تشريع الحرب الخاص بالنقل، جازيت دى باليه ١٩٤٢ ص٨٧ - دى جوجلار : تعليق فى سيرى ١٩٥٣ -٢-١٣ ٧٥ ؛ جاسوميرلين : المقال المشار اليه دالloz ١٩٥٥ - ٨٩

(٣) روبلو : المقال المشار اليه فقرة ٢٧

(٤) جوسران : تعليق فى دالloz ١٩٣٢ - ١ - ٥٠ - سيجير : فكرة الخطأ العقدى ١٩٥٤ ص ١٨٣

وفى هذا الصدد اتجه رأى[1] الى أن الخطأ الجسيم هو ذلك الذى يبدو للقاضى متجاوزا : بجسامته ونتائجه التى يرتبها : الاهمال البسيط من المدين والتقصير التافه لاحكام العقد. ولكن هذا التحديد كان محل انتقاد من جانب آخر من الفقه[2] من ناحيتين : أنه يميز الخطأ الجسيم بجسامته ، مما ينتهى بهذا التعريف الى أن يصبح عديم الفائدة . ومن ناحية أخرى أنه يخلط بين تقدير الخطأ وتقدير الضرر وكلاهما مسألة مستقلة عن الاخرى.

ولكن ماهو مقياس هذه الجسامة فى الخطأ ؟ هل هو ذلك المعيار المعروف فى القانون الرومانى من أن الخطأ الجسيم يتمثل فى عدم ادراك مايدركه كل الناس (non intelligere quod omnes intelligent) أو هو ذلك التعريف الذى قال به بوتييه من أن الخطأ الجسيم هو عدم اعطاء شئون الغير العناية التى يبذلها أقل الناس ادراكا وأكثرهم غباء فى شئونهم الخاصة ؟

ان مثل هذا التعريف لايصلح لتحديد فكرة الخطأ الجسيم فى العصر الحديث[3]. فالناقل الذى يضع باهماله بالات النسيج الى جوار براميل الزيت يرتكب خطأ جسيما رغم أنه قد يكون انسانا ماهرا أو يقظا[4].

---

(١) فرانسيس سوفاج : فكرة الخطأ الجسيم فى عقد النقل البحرى والبرى ، داللوز الاسبوعى . ١٩٣٢ ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) فوفان مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل . جازيت دى باليه ١٩٥٢ ص ١٩ . وفى نفس المعنى كونستانتينسكو : المرجع السابق فقرة ١٩٣

(٣) فوازينيه : فكرة الخطأ الجسيم ص ٤٥٩

(٤) فوفان مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل : جازيت دى باليه ١٩٥٢ ص ١٩ وما بعدها فقرة ٩

فالخطأ الجسيم ليس دائما عنـوانا للغباء والجهل [1]. كما أن هذا المعيار لا يمكن وجوده . لأنه يدل على وجود شخص يقـل كفاية عن « أقل الناس كفاية » الذى أخذناه معيارا له . ومن ذلك يظهر فساد هذا التعريف [2].

وقد اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسى الى الأخذ بمعيار ذاتى يتمثل فى الاعتداد بالظروف الشخصية أو الذاتية للفاعل [3] ومن ذلك اعتبار خطأ المسئول المؤمن من المسئولية خطأ جسيما اذ لم يكن ليقدم على هذا الخطأ الا احتماء بالتأمين من المسئولية . وفى شرط الاعفاء من المسئوليـة يكون المدين قد ارتكب خطأ جسيما اذا تصرف ، محتميا بهذا الشرط . بما يخالف عنايته المعتـادة [4].

ولكن هـذا المعيار الذاتى أخذ عليـه أن يؤدى الى نتائج غير عادلة ، فالمدين المهمل فى شئون نفسه قد يفلت من الخطأ الجسيم وفقا لهذا المعيار ، بينما المدين شديد الحرص فى شئونه الخاصة يعامل معاملة قاسية ، اذ يعد

---

(١) جوسران : تعليق فى داللوز ١٩٣٣ — ١ — ١٥٠ .

(٢) محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٥٨٣

(٣) فوازينيه : المرجع السابق ص ٤٤٧ ومابعدها

(٤) روبلو : المقال المشار اليه ١٩٤٣ فقرة ١٩ ص ١٧ — وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٥ يناير ٦١ داللوز ١٩٦١ — ٢٤١ . J.C.P. ١٩٦١ — ٢ — ١٩٧٩ . جازيت دى باليه ١٩٦١ — ١ — ٢٧٠ . بعدم جواز تمتع منظم الرحلات بشرط عدم المسئولية ازاء خطئه الجسيم الذى يتمثل فى انه عهـد بالركاب فى رحلة الى أعلى الجبـل الى سائق تاكسى معمر وغـير مؤمن من المسئولية . فارتكب حادثا ألحق أضرارا بالركاب . وانظر تعليق أندريه تونك على هذا الحكم فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦١ ص ٤٨٧ من أن القضاء

الخطأ اليسير بالنسبة لغيره خطأ جسيما بالنسبة له[١] .

لذلك اتجه الرأى الى المعيار المجرد لقياس الخطأ الجسيم ، فيكون الخطأ جسيما اذا كان مرتكبه قد ابتعد كثيرا عن المسلك الذى تتوقعه من شخص المسئول ويوجد فى نفس ظروفه معتاد ينتمى الى نفس مهنته الخارجية[١]. فالخطأ الجسيم يتميز اذن عن الخطأ اليسير بالجسامة (énormité) التى تفصح عن القصور وعدم الكفاءة من جانب المذنب فى الوفاء بالتزاماته[٢] .

وقد ذهب الفقه الى تحديد جسامة الخطأ على أساس أن تحديد مسلك الرجل المعتاد يأخذ فى الاعتبار نتائج تصرفه وعلى الأخص مدى الضرر الذى يمكن أن يترتب على مسلكه ، فلكى نصف مسلك مرتكب الفعل غير المشروع بأنه خطأ جسيم يجب القول بأن الرجل المعتاد الذى وجد فى نفس ظروفه

= الفرنسى يكون اكثر استعدادا لوصف الخطأ بالجسامة اذا كان بصدد شرط بعدم المسئولية .

(١) فوفان مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل ، جازيت دى باليه ١٩٥٢ ص١٩ - سيجير : فكرة الخطأ العقدى ١٩٥٤ ص١٧٧ - روبلو : المرجع السابق - جوسران : تعليق على نقض مدنى ٢٩ يونيه ١٩٣٢ ، داللوز ١٩٣٣ - ١ - ٤٩ - وقارن محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٥٨٤

(٢) بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقرة ٢٧٩ مكرر - روبلو : المقال المشار اليه ١٩٤٣ فقرة ٢٠ ص ١٧ - سيجير : فكرة الخطأ العقدى ١٩٥٤ ص١٨٣

(٣) جوسران : تعليق فى داللوز ١٩٣٣ - ١ - ٤٩ - فوفان مو : الخطأ الجسيم من الناقل . جازيت دى باليه ١٩٥٢ ص ١٩ - سيجير : فكرة الخطأ العقدى ١٩٥٤ ص١٧٥ - روبلو : الخطأ الجسيم ١٩٤٣ فقرة ١٧

الخارجية كان يجب عليه أن يتصور مدى الانحراف فى مسلكه وأن يتصور النتائج الضارة لفعله كأمر مؤكد أو قريب الاحتمال . ولذلك تكون جسامة الخطأ أمرا ظاهرا اذا لم يهتم المسئول بالاحتمال الكبير للنتائج الضارة التى يمكن أن تلحق بالغير نتيجة لفعله[1] ؛ فكلما زاد مدى توقع الضرر كلما زادت درجة جسامة الخطأ[2] .

وعلى ذلك فاذا كان الرجل المعتاد الذى يوجد فى نفس الظروف الخارجية للمسئول ومهنته يثور لديه احتمال وقوع ضرر من تصرفه أو فعله ، فاننا نكون بصدد خطأ جسيم[3] .

ولكن ما هو مقياس احتمال حدوث الضرر ، أو كيف يمكن التوصل الى اثبات أن الضرر كان محتملا لدى الرجل المعتاد ؟ فى هذا الصدد سلك الفقه والقضاء الفرنسى عدة معايير متنوعة يتعذر وضعها فى فكرة واحدة[4] .

١٩٨ - فمن المعايير التى لجأ اليها القضاء للتعرف على جسامة الخطأ

(١) بلانيول وريبير واسمان : جـ٦ فقرة ٢٧٩ مكرر و٥١١ و٥١٢ - فوازنييه : المرجع السابق ص ٤٣٢ ومحمود جمال الدين زكى : المرجع السابق فقرة ٣٧

(٢) فوزنان مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل . جازيت دى باليه ١٩٥٢ ص ١٩

(٣) ريبلو : فكرة الخطأ الجسيم ١٩٤٣ . فقرة ٢٢ - كونستانتينسكو : فقرة ١٩٣ والاحكام المشار اليها فى هامش ٦ ص ٣١٢

(٤) فوازنييه : الخطأ الجسيم ص ٤٢٠ ومابعدها - سافاتييه : المسئولية المدنية . الطبعة الثانية ١٩٥١ جـ١ فقرة ١٧٨ .

مدى الضرر الناتج عن الخطأ [١] ، ولكن مدى توقع حدوث الضرر يجب أن ينفصل عن الضرر ذاته [٢] ، فالخطأ الجسيم يتضمن تعديا على القاعدة الاخلاقية وبالتالى يجب أن يستوحى فكرة الذنب (culpabilité) [٣]

فالمعيار المتعلق بمدى الضرر يجد مكانه فيما وراء الفعل الخاطىء ، وقد تكون الصدفة قد ساهمت فى مضاعفة نتائج الفعل الضار ، بينما معيار مدى توقع الضرر والذى يقدر تقديرا مجردا يؤدى الى وجوب قياس مدى هذا التوقع لحظة وقوع الخطأ [٤] .

ومن معايير جسامة الخطأ أيضا استخلاص مدى توقع حدوث الضرر

---

(١) ذهبت بعض احكام القضاء الفرنسى الى قياس جسامة الخطأ بمدى الضرر ، ومن ذلك أن التأخير العادى فى نقل البضائع يعد خطأ يسيرا ، ولكنه يساهم فى ابراز صفة الخطأ الجسيم اذا كان من شأنه ان يسبب تلف البضائع المنقولة . نقض فرنسى فى ١٢ ابريل ١٩٢٢ . جازيت دى باليه ١٩٢٣ - ٢ - ٧١ ، داللوز ١٩٢٣ - ١ - ١٤٣ وان الضرر الذى يلحق بجسد المسافر وان كان بسيطا او يسيرا يشكل خطأ جسيما (جوسران : تعليق فى داللوز ١٩٣٢ - ١ - ٥٠) .

(٢) بلانيول وريبير واسمان : ج ٦ فقرة ٣/٣٧٩

(٣) سيجير : فكرة الخطأ العقدى ١٩٥٤ ص١٨٣

(٤) فونان مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل . جازيت دى باليه ١٩٥٢ ص١٩ - سيجير : المرجع السابق ص١٨٣ - فوازنيه : المرجع السابق ص٤٤٩ - اسمان : تعليق على نقض فرنسى ٢٤ اكتوبر ١٩٣٢ سيرى ١٩٣٣ - ١ - ٢٨٩ - روبلو : المرجع السابق ص١٨ - محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق فقرة ٢٤ .

من طبيعة العقد ، كما فى حالة عقد نقل البضائع القابلة للتلف ، فانه كلما زاد أمد التأخير فى تسليم هذه البضائع أو عدم العناية بها أثناء النقل كلما زاد احتمال وقوع الضرر لدى الناقل[1] . وقد يستفاد مدى احتمال الضرر أيضا من تكرار حدوث الخطأ من المخطىء على نحو يبصره حتما بمدى احتمال حدوث الضرر[2] . ومن ناحية أخرى فكلما كان الالتزام محددا

---

(١) مثال ذلك انه فى حالة نقل البضائع القابلة للتلف ، فان التاخير فى النقل يكون خطأ جسيما من الناقل ولو كان هذا التاخير خطأ يسيرا فى حالات اخرى (نقض فرنسى فى ١٩ نوفمبر ١٩٢٢ جازيت دى باليه : ١٩٢٤ - ١ - ١١٩ ، أو ترك بضائع قابلة للتلف فى محطة الوصول دون اخطار المرسل اليه (محكمة اكس الفرنسية فى ١٢ فبراير ١٩٢٩ ؛ مجلة القانون البحرى الفرنسية ٧ - ١٦٢ ، أو تستيف براميل الزيت مع حبوب غير معباة فى قاع السفينة (محكمة روان الفرنسية فى ٢٠ مارس ١٩٢٥ مجلة القانون البحرى ٢ - ٧٧ ، أو رص بالات النسيج بجوار براميل الزيت (نقض فرنسى فى ٢٤ ابريل ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ - ٢ - ٢١٤ أو ترك بضائع ثمينة تحت سقيفة دون حراسة خاصة مما عرضها للضياع (محكمة اكس الفرنسية فى ٣ نوفمبر ١٩٢٧ ؛ جازيت دى باليه ١٩٢٧ - ٢ - ٩٥٧)

(٢) فونلن مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل . جازيت دى باليه ١٩٥٣ ص ١٩ - سيجير : فكرة الخطأ العمدى ١٩٥٤ ص ١٨٨ ومابعدها - فوازنيه : المرجع السابق ص ٤٥٧ ومن ذلك ماذهب أليه القضاء الفرنسى من أن تكرار السرقة فى مدد متقاربة على نفس الخط الملاحى يشكل خطأ جسيما من جانب الناقل البحرى (محكمة اكس الفرنسية فى ٢٤ اكتوبر ١٩٢٩ . مجلة القانون البحري الفرنسية ٨ - ٣٢ . وفى نفس المعنى نقض فرنسى فى ٢٩ اكتوبر ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٢٢ - ٢ - ٥٠٨ ؛ سيرى : ١٩٣٢ - ١ - ٣٥١)

أو جوهريا حسب طبيعة العقد كلما زاد احتمال حدوث الضرر[١] ، كما هو الشأن فى التزام أمين النقل بتسليم البضائع فى المكان والميعاد المتفق عليه[٢]، أو التزام الفندق بالمحافظة على أمتعة النزلاء أو أمين المخازن أو الجراج أو البنك بالمحافظة على ودائع العملاء . وقد يسند الاطراف هذه الصفة الجوهرية لاحد الالتزامات العقدية وعندئذ يكون الاخلال بها ما يعد خطأ جسيما ، وهو ما أخذ عليه أن تحديد الالتزام لايصلح ضابطا لتقدير جسامة الخطأ[٣] .

وقد تستفاد جسامة الخطأ من كون المدين يتمتع بامكانيات ذات كفاءة عالية وسمعة معروفة تمكنه من تنفيذ التزامه وتبصره بمدى احتمال الضرر[٤] ،

---

(١) نوفان مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل ، جازيت دى باليه ١٩٥٣ ص ١٩ - روبلو : فكرة الخطأ الجسيم ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٣ ص ٣٠ - سيجير : فكرة الخطأ العقدى ١٩٥٤ ص ١٧٩ - فوازنيه : المرجع السابق ص ٤٤٠ ومابعدها .

(٢) نقض فرنسى فى ٣ نوفمبر ١٩٢٥ (جازيت دى باليه ١٩٢٥ -٢- ٧٢١ ، ونقض فرنسى فى ٢٢ يونيه ١٩٢٩ (جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ٢ - ١٢٩) ، نقض فرنسى فى ١٢ يونيه ١٩٥٠ (جازيت دى باليه ١٩٥٠ - ٢ - ١٩٥). وكما فى حالة تخلف رقابة الناقل على البضائع المنقولة مما أدى الى سرقتها (محكمة باريس فى ٢٢ مارس ١٩٢٤ ، جازيت دى باليه ١٩٢٤ - ٢ - ٥٦)

(٣) مثال ذلك ان يشترط المرسل نقل البضائع على وجه السرعة لهدف معين . فيكون التأخير فى هذه الحالة فى تسليم البضاعة خطأ جسيما . رغم أنه قد يعد خطأ عاديا بغير هذا الاشتراط (نقض فرنسى فى ٢٣ يوليو ١٩٠٣ ، جازيت دى باليه ١٩٠٣ - ٢ - ٢٤٤) .

(٤) نوفان مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل ، جازيت دى باليه ١٩٥٣ ص١٩ - سيجير : فكرة الخطأ العقدى ١٩٥٤ ، ص١٨٦ ومابعدها - فوازنيه : الخطأ الجسيم ، ص٤٣٨ والاحكام المشار اليها

وكذلك من الخبرة المهنية الخاصة التي يجب أن يتمتع بها المدين كموثق العقود أو الطبيب[1] . ولكن هذا الرأى كان منتقدا من الفقه بأنه لايستند الى أساس قانونى ، اذ صاحب المهنة . كبقية الافراد ، قد يرتكب غشا أو خطأ جسيما أو خطأ يسيرا ، وبذلك يتفاوت الخطأ المهنى فى درجته ولايمكن اعتباره فى كل الاحوال جسيما[2] .

١٩٩ - ومن الوسائل التى قدمت أيضا للتعرف على جسامة الخطأ الاستعانة بالمعيار الذاتى للوقوف على مدى توقع الضرر لدى المسئول ، فقد اتجه رأى حديث فى الفقه الفرنسى[3] ، يستند الى تحليل الاحكام الحديثة للقضاء الفرنسى ، الى أن الخيار بين المقياس الموضوعى المجرد والمقياس الشخصى الذاتى لقياس مدى جسامة الخطأ ، انما تحدده الآثار التى يعلقها القانون على مدى جسامة الخطأ ، فاذا كانت هذه الآثار اجتماعية وموضوعية ، فاننا نلجأ الى المقياس الموضوعى المجرد ، واذا كانت هذه الآثار أدبية وشخصية فاننا نلجأ الى المقياس الشخصى الذاتى .

ففى توزيع المسئولية عند تعدد المسئولين ، حسب جسامة أخطائهم ، فانه يجب التجرد من الظروف الذاتية التى تحول دون توقع المسئول لمدى الضرر . ولكن يجب أن نعتد فى هذا الشأن بالمهارة أو الكفاءة العالية

= محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق فقرة ٣٥

(١) سيجير : المرجع السابق ص١٨٧ - روبلو : فكرة الخطأ الجسيم ١٩٤٢ فقرة ٢٥ - جوسران : عودة الخطأ الجسيم - دالوز الاسبوعى ١٩٣٩ - ٢٩

(٢) مازو وتنك : المسئولية المدنية جـ ٢ فقرة ٢٥٢٤ - ديموج : الالتزامات جـ ٤ فقرة ١٢١١ - لالو : المسئولية المدنية فقرة ٥٣٠ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق فقرة ٢٨

(٣) ديجان دى لاباتى : التقدير الذاتى والتقدير المجرد . الرسالة المشار اليها .

للمسئول التى تزيد لديه من مدى توقع الضرر • واذا كنا بصدد تقدير وجود الخطأ الجسيم ذاته فاننا نلجأ الى معيار موضوعى بحت للتعرف على مدى توقع مقدار الضرر الذى يمكن أن ينجم عن الفعل الخاطىء • وكذلك الشأن فى زوال التحديد القانونى لمسئولية الناقل الجوى وفقا لاتفاقية فارسوفيا الموقعة فى١٢ اكتوبر ١٩٢٩ ، وأما الخطأ الذى لايغتفر فى اصابات العمل ، فهو يتضمن تقديرا مختلطا بين الذاتية والموضوعية •

أما المقياس الشخصى أو الذاتى لمدى جسامة الخطأ ، فيجب اللجوء اليه ، الى جانب المقياس المجرد ، بصدد الجزاءات ذات الجسامة التى لايبررها الا الذنب الحقيقى ، وهذا هو الشأن فى العقوبات الخاصة (peines privées)التى تتجاوز — فى نظر هذا الرأى — التعويض المعادل للضرر • وفى حالة الطلاق أو الانفصال الجسمانى الذى يعد جزاء جسيما ، يجب التغاضى عن الاخطاء التى تعد بسيطة بالمقياس الذاتى وان كانت جسيمة بالمقياس المجرد ، وعلى ذلك فانه فى مثل هذه الحالات يعتد فى تقدير مدى جسامة الخطأ ومدى توقع الضرر الناتج عن الفعل الخاطىء بالحالة النفسية والصحية لمرتكب الخطأ •

ويضيف هذا الرأى أن الاصل فى قياس مدى جسامة الخطأ هو المعيار الموضوعى المجرد ، ولكنه اذا كنا بصدد جزاء جسيم ، فيجب أن نضيف الى هذا المقياس المجرد مقياسا آخر شخصيا أو ذاتيا •

ويقصد هذا الرأى كما هو ظاهر أن جسامة الخطأ يجب أن تنتج عن المقياس الموضوعى والذاتى مجتمعين وليس عن أحدهما منفردا فنبدأ بقياس الخطأ بعيار موضوعى . فان كان جسيما عملنا عليه المقياس الذاتى فان ظل جسيما أمكن القول بأننا بصدد خطأ جسيم، واذا دل المقياس الذاتى على عدم

جسامة الخطأ ، لم نكن بصدد خطأ جسيم ، ولو كان ذلك من وجهة النظر الموضوعية المجردة.وهذا الرأى وان كان يقصر هذه الطريقة على الجزاءات الجسيمة . فانه فى الواقع ينتهى الى التعميم . اذ تقدير جسامة الخطأ لاتثور الا بصدد تشديد الجزاء كالغاء شرط عدم المسئولية أو شرط تحديد المسئولية أو الشرط الجزائى أو زيادة التعويض .

٢٠٠ - وقد ذهبت بعض الاحكام الى استخلاص الخطأ الجسيم من الفائدة التى يرمى المسئول الى تحقيقها من وراء الخطأ ، وهو ما يعرف بفكرة الخطأ المكسب (faute lucrative)[1] ويشمل الحالات التى يرمى فيها المدين بخطئه الى تحقيقه ربح أو اقتصاد فى النفقات على حساب مصلحة الدائن [2] . ولكن لايجوز الخلط بين الخطأ المكسب والخطأ الجسيم،فالخطأ لايعد جسيما لمجرد أنه يحقق منفعة للفاعل [3]، فالخطأ

---

(١)انظر الاحكام المشار اليها فى مازووتنك : المسئولية المدنية ج٣ فقرة ٢٥٢٥ ، وفى فوازنيه : المرجع السابق ص ٣٥٧ وما بعدها .

(٢)مثل لجوء الناقل الى وسائل تفريغ ضارة بالبضائع لتفريغ السفينة باقصى سرعة (محكمة مارسيليا فى ٢٧ يوليو ١٩٢٧ و٤ يونيه ١٩٢٨ ؛ مجلة القانون البحرى الفرنسية ٥ - ٤٦٨ ، ٦ - ٨٣٨، ومحكمة اكس الفرنسية فى ٢٧ اكتوبر ١٩٣٤ اجازيت دى باليه ١٩٢٥ - ١ - ١٥٥) ، أو تغيير الجهة المرسل اليها من جانب الناقل . أو نقل البضائع من سفينة الى اخرى ، أو قطر السفينة ريبير . مطول القانون البحرى ، جزء ٢ فقرة ١٧٦٤ . وان كان هناك خلاف فى الرأى فى حالة الخطأ المكسب لادخاله فى نظرية الاثراء بلا سبب بدلا من فكرة الخطأ الجسيم . نفس المرجع .

(٣) مازوجوتنك : المرجع السابق . جزء ٢ فقرة ٢٥٢٥ ، ٢٥٧٤ ، ٢٥٨٥ . فوازنيه : الخطأ الجسيم ص ٣٥٧ - سيجر : الخطأ العقدى ص ١٧١ -
=

والفائدة فكرتان مستقلتان عن بعضهما تماما فقد يحقق الخطأ اليسير فائدة كبيرة للفاعل وقد لايحقق الخطأ الجسيم فائدة ما . ويمكن الالتجاء الى فكرة الغش اذا كان هناك وراء الخطأ المكسب سوء نية.على أن ذلك لايعنى أن فكرة الفائدة لاتدخل فى تقدير جسامة الخطأ كعنصر من عناصر التقدير كل ما فى الامر أن الخطأ الجسيم يقدر فقط من وجهة نظر مسلك الفاعل[1] .

٢٠١ ـ والخطأ الجنائى لايعنى بالضرورة توافر الخطأ الجسيم من الناحية المدنية لاستقلال كل من الخطأين بخصائصه . فقد يكون الخطأ الجنائى خطأ مدنيا يسيرا وبالتالى فان ادانة المسئول بخطأ جنائى غير عمد لايعنى أنه ارتكب خطأ جسيما اذا لم تتوافر لهذا الخطأ صفات الخطأ الجسيم من الناحية المدنية [2]؛ بعكس الخطأ الجنائى العمد الذى يعد كذلك

=

كونستانتينسكو : المرجع السابق فقرة ١٩٣ ـ وقارن مع ذلك روبلو : الخطأ الجسيم ١٩٤٢ فقرة ٢٤ ـ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق فقرة ٢٩ .

(١) سيجر : فكرة الخطأ العقدى ١٩٥٤ ص ١٧١

(٢) مازووتنك : المرجع السابق . جزء ٢ فقرة ٢٥٢٦ ، ٢٥٧٤ ، ٢٥٨٥ ـ ديموج : الالتزامات . جزء ٥ فقرة ١١٩٨ ـ ويقول الاستاذ السنهورى : الوسيط جزء ١ فقرة ٦٣٤ "اما بيان جسامة الخطأ فى الحكم الجنائى فيتقيد وفقا لما اذا كانت هذه الجسامة ضرورية لقيام الحكم الجنائى أو غير ضرورية . فاذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بانه خطأ عمد أو غير عمد فان القاضى المدنى يتقيد بهذا الوصف لان وصف الخطأ الجنائى بأنه عمد أو غير عمد من شأنه ان يؤثر فى وصف الجريمة ذاتها واذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه جسيم او يسير ؛ فان هذا ليس من شأنه ان يؤثر فى الحكم الجنائى وان أثر فى تقدير

=

من الناحية المدنية لأن صفة العمد تحوز حجية الشيء المقضي به أمام القاضي

= العقوبة فلا يتقيد به القاضي المدني : لان الخطأ الجسيم من الناحية "جنائية ليس هو حتما الخطأ الجسيم من الناحية المدنية » - وانظر أيضا الاستاذ علي منصور : الخطوط العامة للجرائم غير العمدية (محاماه ، العدد ٤ س٤٨ ص٥٢ وما بعدها «القول بأن القانون الجنائي لايمتد في الجرائم غير العمدية الا بالخطأ الجسيم هو راى يرده افتقاد السند السليم بعد ان استقر الرأى على ان معيار التفرقة بين سلامة الفعل أو خطئه هو قياسه بتصرف الشخص المعتاد، والقول بعد ذلك بتدرج الخطأ يفتقد المعيار السليم أو الدقيق لقياسه، بالاضافة الى مايولده ذلك الرأى من تعارض مع الفكرة الاساسية للخطأ غير العمدي. لذا ففي صحيح الرأى أن القيمة الفعلية للتفرقة بين درجات الخطأ هي في التفرقة في تعيير العقاب فحسب». وانظر أيضا بيكارد وبيسون : مطول التأمين البرى ، جزء ٢ فقرة ٢٦ ص٥٥ «الخطأ غير المغتفر يتميز عن الخطأ الجنائي ، "واذا كانت الجريمة الجنائية غالبا ما تطابق الخطأ غير المغتفر ، فانه من المؤكد ان الخطأين متمايزان . فالحكم بالادانة عن جريمة قتل أو جرح باهمال او بالمخالفة لقواعد الامن والسلامة لايكفي بذاته للقول تلقائيا بأن رب العمل قد أخطأ خطأ لايغتفر . وعلى العكس من ذلك ، فان تخلف المساءلة الجنائية عن القتل او الجرح باهمال او القرار بألا وجه لاقامة الدعوى لصالح رب العمل في مثل هذه المسائل الجنائية لايسمح من باب أولى باستبعاد فكرة الخطأ الجسيم». وانظر أيضا رابو الرسالة المشار اليها : ص ١٧٢ من ان الخطأ المدني الجسيم لايستوجب بالضرورة الخطأ الجنائي والعكس صحيح، وقد يكفي الخطأ اليسير لقيام الجريمة الجنائية . ويقول الاستاذ انور سلطان (النظرية العامة للالتزام ١٩٦٤ - جزء ١ فقرة ٤٦٨) : « اما وصف الخطأ بانه جسيم أو يسير فلا يقيد القاضي المدني . لان جسامة الخطأ وان كانت تؤثر في تقدير العقوبة الا أنها لاتؤثر على وصف الجريمة » .

المدنى باعتبار هذا العمد من المسائل الجنائية التى يكون الفصل فيها لازما لقيام الحكم الجنائى عن جريمة عمومية . أما الجرائم غير العمدية فلا يلزم لها توافر جسامة معينة فى الخطأ الجنائى وبالتالى لاتكون هذه الجسامة من المسائل التى يلزم الفصل فيها لقيام الحكم الجنائى ولاتحوز حجية أمام القاضى المدنى من حيث جسامتها ولو وصفها الحكم الجنائى بأنها جسيمة ؛ ذلك أن مايحوز الحجية أمام المحاكم المدنية هو قيام الخطأ وليس جسامته ؛ اذ أن درجات الأخطاء أمام القانون الجنائى واحدة فيما يتعلق بالجرائم غير العمدية [1] .

٢٠٢ - ان ما يمكن أن نستخلصه من دراسة فكرة الخطأ الجسيم فى الفقه والقضاء الفرنسى هو أن الخطأ الجسيم هو خطأ من الأخطاء غير العمدية ، يتميز عن الخطأ العمد بعدم توافر نية الاضرار لدى الفاعل وعن الخطأ الذى لايغتفر بعدم اشتراط العنصر الارادى للفعل أو الترك غير المشروع وعن الخطأ اليسير بجسامة الانحراف عن مسلك الرجل المعتاد ؛ وأن له خصيصة هامة تميزه فى ذلك وهى توافر عنصر توقع حدوث الضرر نتيجة للفعل غير المشروع لدى الفاعل بالمعيار الموضوعى المجرد أو المعيار الذاتى الشخصى ، وأنه يمكن الوصول الى هذا التوقع لحدوث الضرر حسب مضمون الالتزام ، وأنه ينفصل عن الخطأ المكسب أو الخطأ الجنائى وأنه اذا كان الخطأ الجسيم يتساوى فى بعض الفروض فى المعاملة مع الخطأ العمد أو الغش فليس ذلك لوحدة الطبيعة بينهما ولكنها مجرد مساواة فى الآثار مع استقلال كل من الخطأين بخصائصه المميزة .

---

(١) دكتور محمد عصفور : جرائم الاهمال ومشكلة الحدود الفاصلة بين التجريم والتعويض والتأديب : (محاماه ، العدد ١ س ٥٠ ص ١٧ ومابعدها)

هذه الخصائص التى تميز الخطأ الجسيم تسند الى القاعدة الاخلاقية كأساس لتقسيم درجات الخطأ • فالخطأ الجسيم وان كان لايطابق الخطأ الاخلاقى شأن الخطأ العمد أو الغش فانه يقترب منه من حيث توافر الحالة النفسية لدى الفاعل والتى توجد لديه توقع حدوث الضرر : وهذا ما يبرر تدخل المعيار الذاتى أو الشخصى كمعيار احتياطى لاثبات توافر هذا التوقع لدى الفاعل وهذا أيضا هو سبب معاملة الخطأ الجسيم معاملة الغش فى الكثير من الفروض •

واذا كان تحديد فكرة الخطأ الجسيم بهذه الصورة فى القانون الفرنسى، يستند الى أن هذا القانون يعرف فى الواقع ثلاث درجات من الخطأ الموصوف هى الخطأ العمد والخطأ الذى لايغتفر والخطأ الجسيم، فان تحديد فكرة الخطأ الجسيم فى التشريع المصرى تثير تساؤلات هامة منشؤها أن هذا التشريع لجأ الى فكرة الخطأ الجسيم ليحقق بها وظيفة الخطأ الذى لايغتفر فى مجال اصابات العمل •

فقد اشترط القانون الخطأ الجسيم لقيام مسئولية رب العمل عن تعويض الاصابة التى تقع أثناء العمل أو بسببه . وفقا للقواعد العامة، دون التقيد بالتعويض انجزافى المنصوص عليه فى القانون (مادة ٤٢ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤)•وكان قد سبق للشرع أن استعمل لفظ الخطأ الفاحش فى القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن اصابات العمل، ثم عدل عنه الى الخطأ الجسيم فى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل [1] •

---

(١) اوضحت محكمة النقض المصرية أنه لايبين من المادة الرابعة من قانون اصابات العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ولا من المذكرة التفسيرية ان الشارع
=

وكذلك نجد أن المشرع المصرى يستخدم لفظ الخطأ الجسيم مع الغش فى حالات عديدة وخاصة فى الغاء شرط تحديد المسئولية أو كسبب لتعويض الضرر غير المتوقع فى المسئولية العقدية ؛ أو لعدم التقيد بالشرط الجزائى أو لعدم الاعتداد بشرط عدم المسئولية. كما استخدم معيار الخطأ الجسيم فى صورة الخطأ المهنى الجسيم كشرط لمخاصمة القضاة ، الى جانب الغش أو التدليس أو الغدر (م٤٩٤/١ من قانون المرافعات المدنية الجديد) .

وأغلب التطبيقات التى أوردها التشريع المصرى لفكرة الخطأ الجسيم لها جذور وسوابق فى القانون الفرنسى ونظرا لأن القانون الفرنسى يعرف فى الواقع ثلاثة أنواع من الخطأ الموصوف حيث الخطأ الذى لايغتفر يتوسط الخطأ العمد والخطأ الجسيم فانه يثور التساؤل عما اذا كان الخطأ الجسيم فى التشريع المصرى يعادل الخطأ الذى لايغتفر أو الخطأ الجسيم فى القانون الفرنسى ؟

٢٠٣ - رأينا أن الخطأ الذى لايغتفر فى القانون الفرنسى بعناصره الاربع وهى الصفة الارادية للفعل أو الترك وامكان ادراك حدوث الضرر من هذا الفعل أو الترك ودرجة الجسامة الخاصة وعدم وجود المبرر ؛ قد لقى تحديده فى اطار المسئولية عن اصابات العمل . وقد قصد من هذا الخطأ

=

عندما اجاز تطبيق قانون آخر خلاف قانون اصابات العمل . قد ميز بين الخطأ الفاحش والخطأ الجسيم مما يدل على ان مؤداهما واحد فى هذا الخصوص وان معناهما يتضمن وقوع الخطأ بدرجة غير يسيرة ولا يشترط ان يكون متعمدا نقض مدنى فى ٩ ديسمبر ١٩٥٤ الطعن رقم ٢٦٥ س ٢١ ق ؛ مجموعة احكام النقض المدنى فى ٢٥ عاما . جزء ٢ ص ٨٦٨ . مبدأ رقم ٦٩ .

ومن تحديده القضائي دفع أرباب الاعمال الى احترام تشريعات العمل وقواعد الامن الصناعي ولو لم تكن معروفة لرب العمل .

ومع ذلك فان الخطأ الذى لايغتفر استعمل مرة أخرى من المشرع الفرنسي بالقانون الصادر في ٢ مارس ١٩٥٧ بشأن تطبيق اتفاقية فارسوفيا المعقودة عام ١٩٢٩ بشأن مسئولية الناقل الجوى . وقد جاء في المادةالاولى منه أنه يقصد بالخطأ المعادل للغش المنصوص عليه في المادة ٢٥ من الاتفاقية: الخطأ الذى لايغتفر ، ويكون الخطأ غيرمغتفر اذا كان اراديا ويتضمن العلم باحتمال الضرر والاقدام عليه بتهور وبدون سبب معقول .

وقد رأينا أن الخطأ الذي لايغتفر يختلف في القانون الفرنسي عن الخطأ الجسيم في كون الفعل أو الترك اراديا ، أما اذا كان الفعل أو الترك قد أفلت من ارادة الفاعل فهذا ما يعد خطأ جسيما اذا توافر له عنصر توقع الضرر .

واذا وضعنا في اعتبارنا أن الخطأ الجسيم قد خصص في التشريع المصرى لتحقيق أهداف أسندت الى الخطأ الذى لايغتفر والخطأ الجسيم في القانون الفرنسي ، فان ذلك يوجب تحديد فكرة الخطأ الجسيم في تشريعنا بما يغطى هذين الخطأين معا ، الخطأ الذى لايغتفر والخطأ الجسيم في القانون الفرنسي ، وذلك حتى لايكون هذا الخطأ من الدقة بحيث يكون مخففا للمسئولية أو من الشمول بحيث يختلط بالخطأ اليسير .

على أن القضاء المصرى لم يعنى بتحديد فكرة الخطأ الجسيم الا في أحكام قليلة العدد . الا أنه يمكن أن يستخلص منها بوضوح أن الخطأ

الجسيم هو ذلك الانحراف فى السلوك المقرون بتوقيع الضرر[1] .

---

(١)نقض مدنى فى ٢٥ اكتوبر ١٩٥٦ من انه يعتبر خطأ تقصيريا جسيما عدم وضع خيش مقطرن على مواسير المياه لحمايتها من التآكل مع العلم مقدما باحتمال حصول هذا التآكل . والخطأ فى تقدير هذه الاحتمالات مما ترتب عليه تآكل الماسورة فعلا وتسرب المياه الى منزل المدعى (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ٧ ق ١٢٢ ص ٨٥٧) ونقض مدنى فى ٢٥ يونيه ١٩٦٤ من ان اهمال شركة الطيران وضع خطة مقدمة لطياريها للهبوط فى المطارات فى حالة تعذر الرؤية مع احتمال وقوع حوادث للطائرة من جراء هذا القصور يعد خطأ جسيما (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٥ . ١٢٥ ص٨٦٨) ونقض مدنى فى ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦ من انه اذا كانت مصلحة التليفونات قد كلفت احد عمالها بالصعود فوق المبنى لاصلاح اسلاك التليفونات رغم ما به من خلل فسقط المبنى وادى الى وفاته وكان يتعين على الهيئة اصلاح المبنى قبل ان تكلف عمالها بالصعود اليه لاداء عملهم فان ذلك مما يعد خطأ جسيما يستوجب اعمال القواعد العامة للمسئولية بدلا من التعويض الجزافى المحدد فى قانون اصابات العمل رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٠ (مجموعة احكام النقض المدنى . السنة١٧ ص١٧٤٧) - وانظر استئناف القاهرة فى ٢٥ يونيه ١٩٦٢ من ان المعيار فى الخطأ الجسيم هو مدى التوقع . فاذا سمحت شركة الطيران لطائرتها المنكوبة بالطيران رغم تكرار العيب الذى سقطت به الطائرة . ولكن لم يثبت ان الضرر كان متوقعا من جراء هذا العيب بسبب ماثبت من امكان اصلاح هذا العيب فى المرات السابقة فى جميع طائرات الشركة فضلا عن استخدام هذا النوع من الطائرات عالميا وثبوت ان نسبة العطب به لاتزيد على ثلاثة فى الالف . فان ذلك مما ينفى الخطأ الجسيم كشرط لالغاء الحد القانونى لمسئولية الناقل الجوى (مجلة المحاماة عدد ٤ - ٥ س٤٤ رقم ٣٧٥ ص٤٦٠ ومابعدها) - وانظر ايضا استئناف القاهرة فى ٢٤ مارس ١٩٦٤ من ان قعود الخفيرين الحكوميين عن استخدام سلاحهما لمنع التعدى على القتيل ولو لمجرد الارهاب . يعد انحرافا بالسلوك يتوقع من وراءه حدوث الضرر مما يعد اهمالا جسيما يرقى لمرتبة العمد (مجلة المحاماة عدد ١ - ٢ ص ٤٥ رقم ٩٣ ص ١١٤)

٢٠٤ — وقد تعرض القضاء المصرى لتعريف الخطأ المهنى الجسيم الوارد فى المادة ٧٣٧ /١ من قانون المرافعات القديم (م ٤٩٤/١ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) كشرط لمخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة. وتقرر هذه المادة أنه «تقبل مخاصمة القضاء وأعضاء النيابة فى الأحوال الآتية : ١) اذا وقع من القاضى أو عضو النيابة فى عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهنى جسيم ...»

وقد عرفت محكمة استئناف مصر[1] ، هذا الخطأ المهنى الجسيم ، بأنه الخطأ المقارب للغش والذى لايفرق عنه فى معظم الاحوال الا فارق ذهنى. وعرفته محكمة استئناف المنصورة[2]، بأنه الخطأ الفاحش الذى يخرج من الغش وضرب له الفقهاء مثلا بأنه الجهل الفاضح بالمبادىء الاساسية للقانون أو الجهل الذى لايغتفر بالوقائع الثابتة بملف الدعوى ؛ وكذلك الاهمال وعدم الحيطة البالغى الخطورة . ثم عرفته محكمة استئناف القاهرة[3]، بأنه الخطأ الناتج عن عدم استقراء ملف الدعوى وما حواه ؛ وبأنه خطأ لا شفيع فيه .

---

(١) محكمة استئناف مصر فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ ، المجموعة الرسمية لاحكام المحاكم ، السنة ٥١ العددان ٣-٤ ، قاعدة ٧٢ ص ١١١

(٢) محكمة استئناف المنصورة فى ١٨ يوليو ١٩٥٣ ، محاماة ، السنة ٣٤ العدد الثانى قاعدة رقم ٥٢ ص ١١١

(٣) محكمة استئناف القاهرة فى ٢٤ مارس ١٩٥٧ (حكم غير منشور ، ومشار اليه فى مقال الدكتور احمد رفعت خفاجى عن الخطأ المهنى الجسيم ، محاماة العدد الاول السنة ٣٩ ص ٨٨)

وقد أخذت محكمة النقض المصرية[١] بمعيار ذاتي في تعريف الخطأ المهني الجسيم فأيدت الحكم المطعون فيه فيما ذهب اليه من أن ما نسب الى وكيل النيابة لايعد خطأ مهنيا جسيما بسبب حداثة عهده بأعمال النيابة .

الا أن هذه الاحكام لم تضع معيارا دقيقا للخطأ المهني الجسيم . اذ هي تقرنه بالغش أو تتصوره في الجهل الفاضح أو الخطأ الذي لاشفيع فيه أو تأخذ بمعيار ذاتي ، وكل ذلك لايؤدي الى استظهار معيار موضوعي يمكن أن تقاس به مدى جسامة الخطأ لكي يعد خطأ مهنيا جسيما .

الا أن حكما آخر لمحكمة استئناف الاسكندرية[٢] ، كان أكثر وضوحا. وقد كان الخطأ المنسوب الى القاضي هو أنه استند في قضائه الى ما ورد بمحضر جلسة في دعوى أخرى بين ذات الخصوم ومنظورة أمامه أيضا . فقالت المحكمة أن الخطأ المهني الجسيم ليس أحد صور الغش لما بينهما من فارق جوهري يتأدى فيما يتطلبه الغش من عنصر القصد الذي لايفترض في الخطأ الجسيم رغم ما ذهبت اليه المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات من أن الفارق بين الغش والخطأ الجسيم هو فارق ذهني . والخطأ الجسيم في نظر هذه المحكمة هو ذلك الخطأ الذي لايغتفر ، وهو ذلك الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حدا غير عادي وينجم عن فعل أو ترك ارادي ، بكيف كان يخامر الفاعل الخطر فيه وذلك مع انعدام أية دوافع تبرره[٣] .

---

(١) نقض مدني في ٢٠ ديسمبر ١٩٥٦ : المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٥٦ العددان ٧ ، ٨ . قاعدة رقم ١٤٢ ص ٢١٩

(٢) محكمة استئناف الاسكندرية في ٢٨ ابريل ١٩٥٧ . محاماة : العدد الخامس ، السنة ٣٨ . ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٣) وهو التعريف الذي سار عليه القضاء الفرنسي في تحديد الخطأ الذي لايغتفر من رب العمل الذي يترتب عليه وقوع اصابة العمل ، على النحو الذي رأيناه .

وظاهر من هذه الاحكام أن القضاء المصرى يذهب الى أن الخطأ المهنى الجسيم يطابق الخطأ الذى لايغتفر بالصورة التى عرفها القانون الفرنسى وأنه يشترط فيه أن يكون الفعل أو الترك اراديا مقرونا بالتوقع والادراك ومن درجة جسامة معينة ومجردا من أى مبرر .

٢٠٥ - وازاء تخصيص الخطأ الجسيم فى التشريع المصرى لمواجهة الحالات التى أخذ فيها القانون الفرنسى بمعيار الخطأ الذى لايغتفر والحالات التى أخذ فيها بمعيار الخطأ الجسيم ، وازاء أخذ المشرع المصرى بدرجتين للخطأ الموصوف بدلا من ثلاثة كما هو الشأن فى القانون الفرنسى ، ولامكان تغطية المنطقة ما بين الخطأ اليسير والخطأ العمد : ولتحقيق أهداف المشرع من وراء اشتراط الخطأ الجسيم وهى ردع بعض التصرفات المتجاوزة ومعاملتها معاملة الغش أو الخطأ العمد ، لكل ذلك فان تحديد الخطأ الجسيم فى التشريع المصرى يجب أن يتضمن من عناصر الخطأ الذى لايغتفر والخطأ الجسيم بمعناهما فى القانون الفرنسى . بما يقربه من الخطأ العمد وليس من الخطأ اليسير ، باعتباره مقياسا للردع ؛ يتناول ذنبا ولوما حقيقيا من الناحية الادبية

وعلى ذلك يمكن تحديد فكرة الخطأ الجسيم فى التشريع المصرى بأنه ذلك الخطأ الذى يتمثل فى فعل أو ترك ارادى غير مشروع يقترن بتوقع احتمال الضرر لدى الفاعل ، بمعيار الرجل المعتاد بما لايقل عن المعيار الذاتى ؛ وحسب مضمون الالتزام .

ففى نطاق اصابات العمل يتمثل مضمون التزام رب العمل فى التزام قواعد الامن الصناعى والاجراءات التى تضمن سلامة العمال من مخاطر العمل . وبالتالى فان أى اغفال ارادى لقواعد الامن الصناعى يمثل احتمال وقوع الاصابة ولذلك يعد خطأ جسيما . وفى المسئولية التقصيرية تكون

قيادة سيارة بسرعة كبيرة فى شارع مزدحم بالمارة أو بالسيارات عملا اراديا يزيد من توقع الضرر لدى السائق مما يعد خطأ جسيما. وفى المسئولية العقدية يكون تأخير الناقل فى تسليم بضائع قابلة للتلف ، عملا اراديا يزيد من توقع الضرر لدى المدين وهو لذلك يعد خطأ جسيما".

وقياس توقع حدوث الضرر . يحتم كون الفعل أو الترك اراديا ، أى وقع بقبول أو بسيطرة من ارادة محدث الضرر، وليس معنى ذلك أنه يجب أن يكون الفعل أو الترك عمديا . بل يكفى ألا يكون قد أفلت من سيطرة ارادة الفاعل . فاذا حاول السائق تهدئة سرعة السيارة بالضغط على الفرامل فوضع قدمه فى غير موضعها الصحيح على دواسة البنزين فزادت سرعة السيارة بدلا من بطئها فتسبب فى حادث ، فان هذا الفعل يكون غير ارادى مما ينتفى معه توقع الضرر. فاحتمال وقوع الضرر عامل ذاتى وشخصى ، وهو وان كان يقاس بمقياس الرجل المعتاد ، الا أن تطبيقه على محدث الضرر يتطلب قدرا معينا من الاحساس النفسى أو الداخلى بالخطر والضرر الذى يمكن أن يترتب على هذا الفعل أو الترك .

هذا الاحساس النفسى بتوقع الضرر – حتى وان كان يفترض فى الفاعل حسب معيار الرجل المعتاد – يجب أن يكون سابقا أو معاصرا للفعل أو الترك ، مما يستوجب تدخل الارادة والتفكير فيه ولو للحظة واحدة . أما الضرر الناتج عن فعل أو ترك مفاجىء بطريقة أفلت بها من سيطرة ارادة الفاعل ، فانه لا يسمح للارادة ولو للحظة واحدة بالتبصر باحتمال الخطر والضرر.

وليس معنى ذلك أن السهو أو الغفلة أو الاهمال تخرج من نطاق الخطأ الجسيم ، فالفعل أو الترك الناتج عن سهو أو غفلة يتصور فيه أيضا أن يقع تحت سيطرة الارادة. فترك سيارة فى طريق منحدر دون شد فرامل اليد عن

طريق السهو لايعد أنه قد أفلت من الارادة لأنه كان لدى السائق فرصة التدبر والتنبه لمعرفة أن مجرد ترك السيارة فى طريق منحدر يوجد بذاته لدى السائق توقع الضرر بانحدار السيارة . أما سقوط زجاجة بترول من شخص يحملها بجانب لهب مشتعل أو القاء المدخن لعود ثقاب مشتعل دون التأكد من اغفائه تماما فى مكان ليس به مواد سريعة الاشتعال ، فان ذلك مما يفلت من سيطرة الإرادة وبالتالى يلغى عنصر توقع الضرر .

ومتى حللنا الخطأ الجسيم بهذه الصورة الى ضرورة أن يكون الفعل أو الترك غير المشروع اراديا لم يفلت من سيطرة الارادة وأن يكون هناك لدى الفاعل توقع لحدوث الضرر من هذا الفعل أو الترك ، فان الخطأ الجسيم يجب للوصول الى اثباته سلوك كافة السبل ، ومنها موضوع الالتزام كتوقى اصابات العمل أو تسليم البضائع فى موعدها ، وكون الالتزام جوهريا حسب طبيعة العقد كالتزام صاحب الفندق بالمحافظة على أمتعة النزلاء ، أو جوهريا بارادة الطرفين كاشتراط سرعة نقل البضائع لعرضها فى معرض يقام فى أجل معين ، وحسب نوع الالتزام كعمل مهندس الانشاءات وحسب التخصص كعمل الخبير الاستشارى ، وحسب نوع الضرر المتوقع كقيادة السيارات فى الاماكن المزدحمة ، ومدى ادراك الشخص المعتاد لاحتمال وقوع الضرر كسبق وقوع مثل هذا النوع من الحوادث. والدوافع غير المقبولة من وراء الفعل كالتسابق بالسيارات فى المدن ، ومقصد المدين كمحاولة تحقيق كسب على حساب مصلحة الدائن .

والخطأ الجسيم كفكرة تقترب من الخطأ الاخلاقى . يستوجب اللوم والمؤاخذة . ويستند الى الذنب . ولذلك يجب أيضا ألا نغفل المعيار الذاتى كمعيار احتياطى لقياس مدى توقع حدوث الضرر لدى الفاعل . فنبدأ بمقياس موضوعى مجرد هو مقياس الرجل المعتاد الذى يوجد فى نفس الظروف

الخارجية لمرتكب الخطأ ومن نفسيته ، فاذا دل هذا القياس على امكان توقع الضرر كنا بصدد خطأ جسيم . أما اذا لم يسعفنا المعيار الموضوعي المجرد فنلجأ الى المعيار الذاتي فنعتد بالمهارة الزائدة لدى الفاعل وخبرته ودرجة تعليمه وسنه وشدة ذكائه وتخصصه وامكانياته وسمعته وسبق ارتكابه لهذا النوع من الحوادث . مما يؤكد لديه على وجه الخصوص توقع حدوث الضرر ، فنكون بصدد خطأ جسيم اذا كانت هذه الظروف الذاتية من شأنها أن تشير الى أن الفعل أو الترك الارادي غير المشروع من ذات الفاعل من شأنه أن يولد لديه بشخصه توقع حدوث الضرر .

أما الظروف الذاتية لمحدث الضرر التي تجعله دون مستوى الشخص المعتاد كالغباء أو العصبية أو العادات الشخصية الدنيا وما الى ذلك فيجب ألا تؤخذ في الاعتبار حتى لا تفتح السبيل للافلات من الخطأ الجسيم . كل ذلك ما لم يكن هناك تصور ذاتي يؤكد على سبيل اليقين الغاء أي احتمال لوقوع الضرر في نفسية الفاعل .

٢٠٦ — ووصف الخطأ بأنه خطأ جسيم هو من المسائل القانونية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى كان هذا الخطأ يترتب عليه أثر قانوني معين[١] ، كالغاء شرط عدم المسئولية أو تجاوز الشرط الجزائي أو تعويض

---

(١) مازو وتنك : المرجع السابق . جزء ٣ فقرة ٢٢٠٨ — بلانيول وريبير واسمان : جزء ٦ فقرة ٤٠٣ و٥٥٣ — ريبيه روديير . الجزء التاسع مكرر من مؤلف بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٤٣٠ — سافاتييه : المسئولية المدنية . الطبعة الثانية . فقرة ٢٧٢ — رابو : فكرة الخطأ في القانون الخاص . فقرة ٣٢ — لالو : تدرج الاخطاء . داللوز ١٩٤٠ ص ١٧ ومابعدها . المسئولية المدنية ،

=

الضرر غير المتوقع فى المسئولية العقدية أو كمسوغ للتشدد فى التعويض ، على ما سنرى. فالخطأ الجسيم لايفلت كقاعـدة عامة من التأثير فى مـدى المسئولية المدنية : وهو يعامل فى التشريع المصرى معاملة الغش ، لذلك فهو من المسائل القانونية التى يجب ان تخضع لرقابة محكمة النقض [1].

=

فقرة ٨١٩ ـ فريجافيل : سلطة قاضى الموضوع فى المسئولية المدنية ، J.C.P. ١٩٣٤ ص ٦٥٧ ـ اندريه تونك ؛ تعليق فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦١ ص ٤٨٧ ـ حسين عامر : المسئولية المدنية فقرة ٥٣٧ ـ انورسلطان: النظرية العامة للالتزام ، ١٩٦٤ جزء ١ فقرة ٤٧١

(١) محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق فقرة ٣٨ ـ نقض مدنى فى ٢٥ يونيه ١٩٦٤ ويستفاد منه أن اثبات وقوع الخطأ امر موضوعى تستقل به محكمة الموضوع وان وصف الخطأ بأنه جسيم يخضع لرقابة محكمة النقض (مجموعة أحكام النقض المدنى السنة ١٥ ق ١٣٥ ص ٨٦٨) .

الفصل الثانى

شخصية التعويض

٢٠٧ - التعويض الرادع هو مظهر حماية القاعدة الاخلاقية فى المسئولية المدنية ، فالخطأ الموصوف من المسئول يكون محل اعتبار فيما يتعلق بمدى التعويض ، ولذلك فان الخصيصة الاولى التى يتميز بها التعويض الرادع هى الشخصية .

وشخصية التعويض تعنى الاعتداد بالمسلك الملوم للمسئول عند تقدير التعويض وذلك بالزامه بتعويض كامل بدلا من التعويض العادل الذى كان سيلتزم به لو كان فعله الضار مجردا من الذنب .

والقاعدة أن التعويض الرادع يتقيد بالتعويض الكامل فلا يتجاوزه ، اذ الردع يعمل من خلال التعويض . فلايجوز للمضرور أن يحقق اثراء غير مشروع من جسامة الخطأ ، ولكنه يقتضى تعويضا كاملا ازاء زوال الاعتبارات التى دعت الى اشتراكه مع المسئول فى التحمل بالاضرار فى صور التعويض العادل . على أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء قضائى وتشريعى فيما يتعلق بالتعويض الناتج عن الغرامة التهديدية .

وشخصية التعويض كخصيصة أولى للتعويض الرادع تؤدى الى الربط بين الخطأ الموصوف والتعويض الكامل . سواء كان التعويض محددا قانونا أو اتفاقا أو قضاء .

المبحث الاول : زوال التحديد القانونى لمدى التعويض

المبحث الثانى : زوال التعديل الاتفاقى لقواعد التعويض

المبحث الثالث : التقدير القضائى للتعويض وجسامة الخطأ

المبحث الاول

زوال التحديد القانونى لمدى التعويض

٢٠٨ ـ قدمنا أن المشرع قد يتدخل بتحـديد التعويض العادل فى صورة تعويض جزافى أو مقيـد بحد أقصى مراعاة لاعتبارات العدالة ازاء تجرد أساس المسئولية من الذنب الاخلاقى، ولكن اذا نسب الى المسئـول خطأ موصوف فلا يجوز له أن يتمتع بهذا التحديد القانونى لمدى التعويض ويلتزم عندئذ بالتعويض الكامل كقاعدة عامة. وهذا ما نلمسـه فى التعويض التكميلى للفوائد التأخيرية وفى مسئوليـة الناقل البحرى والجـوى وفى مسئولية رب العمل.

المطلب الاول

التعويض التكميلى للفوائد التاخيرية

٢٠٩ ـ أوضحنا فيما سبق[1]، أن جزاء التأخير فى الوفاء بمبلغ من

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٥٢ و ١٥٣

النقود معلوم المقدار وقت الطلب هو الفوائد التأخيرية المحددة قانونا أو اتفاقا بما لايتجاوز الحد الاقصى القانونى .

كما أوضحنا أن أساس هذا التحديد القانونى للجزاء هو عدالة التعويض بالنظر الى أن الالتزام بهذه الفوائد لايستند بالضرورة الى فعل ملوم من الناحية الاخلاقية .

على أنه اذا ثبت أن مسلك المدين كان ينطوى على فعل يستوجب اللوم الاخلاقى فان الاعتبارات التى دعت الى عدالة التعويض تتوارى ، ويصبح التعويض عن التأخير فى الوفاء تعويضا كاملا وفقا لمبدأ شخصية التعويض.

لذلك تقضى المادة ٢٣٠ مدنى بأنه «يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » ففى هذه الحالة يشترط لاستحقاق التعويض التكميلى اذن أن يكون هناك غش أو سوء نية من المدين ولا يكفى الخطأ الجسيم[1] . ويبدو أن عدم الاكتفاء بالخطأ الجسيم للمطالبة بهذا التعويض

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣١ يقضى بالتعويض التكميلى فى حالة الغش والخطأ الجسيم ولكن النص عدل فى مجلس الشيوخ اكتفاء بسوء النية لكى يكون النص متقابلا ومماثلا فى شروطه للمادة ٢٢٩ التى تشترط سوء نية الدائن فى اطالة النزاع (السنهورى : الوسيط ج ٢ فقرة ٥٢٢) .

وهذه المادة تقابل التعديل الذى أدخل على المادة ١١٥٣ من التقنين المدنى الفرنسى بقانون ٧ ابريل ١٩٠٠ ، وبمقتضاه أصبح يجوز للدائن الذى لحقه ضرر مستقل عن الضرر الناتج عن عدم الوفاء بمبلغ من النقود بسبب سوء نية المدين ، أن يطالب بتعويض متميز عن الفوائد التأخيرية ، وقدكانت

=

التكميلي يرجع الى أن الخطأ الجسيم يثير في هذه الحالة صعوبات عملية بسبب طبيعة الالتزام بالوفاء بمبلغ من النقود . ذلك أن الخطأ الجسيم باعتباره فعلا أو تركا غير عمدى مقرون بتوقع حدوث الضرر يتداخل في هذه الحالة في الخطأ اليسير . فعدم الوفاء بمبلغ من النقود في موعد الاستحقاق ينطوى حتما على توقع الضرر ازاء افتراض الضرر في هذه الحالة[1] . وهو ماعبرت عنه المادة ٢٢٨ مدنى بأنه لايشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير ، ولذلك فان تأخر المدين عن الوفاء بغير عمد من جانبه ينطوى عادة على توقع الضرر من جراء هذا التأخير مما قد يسمح باعتبار كل تأخير من المدين في الوفاء بمبلغ من النقود خطأ جسيما في حين أنه قد لايكون كذلك[2] . لذلك فقد حرص

=

هذه المادة محل انتقاد من الفقه الفرنسى بسبب قصر هذا التعويض على حالة سوء نية المدين ، بينما كان القصد من تعديل هذه المادة هو تقنين القضاء الفرنسى الذى كان قد استقر على المساواة بين سوء النية والخطأ الجسيم في الحكم بتعويض يضاف الى الفوائد (انظر بلانيول وريبير وبولانجيه : ج٢ فقرة ٧٧٣ ـ مازووتنك : المسئولية المدنية ج١ فقرة ٤١٤ و٦٧٥/٢ وج٢ فقرة ١٠٠٢/٢ وج٢ فقرة ٢٣٤٠) ويحدد الفقه الفرنسى هذا الضرر الاستثنائى بأنه الضرر الناتج عن امتناع المدين عن الوفاء مع علمه بالضرر الخاص الذى يسببه للدائن (مازووتنك : المسئولية المدنية ج٣ فقرة ٢٣٤٠ ـ بلانيول وريبير وبولانجييه : ج٢ فقرة ٨٥٤ ـ كولين وكابيتان ودى لاموراندير : ج٢ فقرة ٩٠٥ ـ بولانيول وريبير وردوان : ج ٧ طبعة ثانية فقرة ٨٧٩ ـ ديموج : الالتزامات ج ٦ فقرة ٤٠٣ و٤٠٤).

(١) اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٥٢ ص ١٣٢

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ و٥٩٣ ـ ٥٩٤

المشرع على اشتراط الخطأ العمد باعتبار أن المدين اذ يتعمد عدم الوفاء بقصد احداث ضرر بالدائن . يستوجب حتما التشدد معه فى الجزاء لما ينطوى عليه فعله من الذنب أو اللوم الاخلاقى .

٢١٠ — والمقصود من الضرر الناتج عن سوء نية المدين فى هذه المادة، هو الضرر الاستثنائى الذى يغاير الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه[1] . كأن يتعمد المدين التأخير فى الوفاء الى الى وقت يفوت فيه على الدائن صفقة معينة ، عن علم وارادة من جانبه .

ورغم أن المادة ٢٣٦ تعطى الدائن فى هذه الحالة الحق فى أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد فهو ليس فوائد تكميلية ولكنه فى الواقع تعويض مستقل ، فالفوائد سببها التأخير فى الوفاء ، والتعويض المستقل سببه ضرر متميز عن هذا التأخير مصدره سوء نية المدين فى توقيت هذا التأخير الى المدى الذى يحدث الضرر بالدائن عن عمد منه؛ ولذلك فان تقدير هذا التعويض الاضافى لايقاس بمدة التأخير أو يتمثل فى نسبة الفوائد ، بل يشمل كل مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وفقا للقواعد العامة .

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ٢ فقرة ٥٢٢ ص ٩٣٠ — وانظر أيضا نقض مدنى فى ٢٢ يونيو ١٩٦١ من أن تأخير المدين فى الوفاء بالدين لايستوجب أكثر من الزامه بالفائدة القانونية مالم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية من المدين وترتب عليه الحاق ضرر استثنائى بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ مدنى التى جاءت تطبيقا للقواعد العامة وتقنينا لما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى، والحكم بهذا التعويض الى جانب فوائد التأخير دون استظهار سوء نية المدين يوجب نقض الحكم (مجموعة أحكام النقض المدنى س١٢ ق ٨٦ ص ٥٦١)

وهذا التعويض الذى يضاف الى الفوائد التأخيرية فى حالة سوء نية المدين . هو مظهر من مظاهر الردع فى المسئولية المدنية يتمثل فى الارتفاع بالتعويض من التعويض العادل الى التعويض الكامل لما فى ذلك من امكان التفرقة بين مدين وآخر حسب سوء النية أو الغش ، فالتأخير عن الوفاء لم يعد واقعة مادية مجردة من الذنب أو اللوم الاخلاقى ، بل أصبح هذا التأخير فى ذاته خطأ عمدا يوجب قيام المسئولية بوظيفتيها الرادعة والاصلاحية. عندئذ يجوز للدائن أن يحصل على تعويض يغطى كل مالحقه من أضرار متوقعة وغير متوقعة ولو كانت غير مألوفة بالنسبة للاستعمال العادى للنقود، وهذا التعويض ما كان الدائن ليحصل عليه لولا سوء نية المدين ــ ولو قامت نفس الاضرار . وبذلك ينقلب التعويض عن التأخير فى الوفاء بمبلغ من النقود من الموضوعية البحتة الى تعويض تتخلله عناصر شخصية مستمدة من مسلك المدين ومدى جسامة الخطأ المنسوب اليه .

المطلب الثانى

زوال التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى والجوى

٢١١ ــ الغش الصادر من الناقل البحرى ٢١٢ ــ موقف القضاء الفرنسى من الخطأ الجسيم ٢١٣ ــ الفقه الفرنسى ٢١٤ ــ موقف معاهدة بروكسل ٢١٥ ــ موقف القضاء المصرى ونقده ٢١٦ ــ التحديد القانونى لمسئولية الناقل الجوى ٢١٧ ــ عدم سريان هذا التحديد فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم

٢١١ ــ نصت الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من معاهدة سندات الشحن المعقودة فى بروكسل فى ٢٥ أغسطس ١٩٢٤ على أنه «لايلزم الناقل أو السفينة فى أى حال من الاحوال بسبب الهلاك أو التلف اللاحق بالبضائع أو مايتعلق بها بمبلغ يزيد على مائة جنيه استرلينى عن كل طرد أو وحدة أو على مايعادل هذه القيمة بنقد بعملة أخرى» .

وينعقد اجماع الفقه[١]، والقضاء[٢]، على أن الغش الصادر من الناقل

---

(١) مازووتنك : المرجع السابق جـ ٢ فقرة ٢٥٨٥ - بلانيول وريبير واسبحان: جزء ٦ طبعة ثانية فقرة ٤٠٣ - كولين وكابيتان ودي لاموراندير : جـ ٢ فقرة ٩٣٦ - ريبير : القانون البحرى ، طبعة ثالثة جـ ٢ فقرة ١٧٣٨ مكرر - رابو: الرسالة المشار اليها فقرة ١٧٦ - فيني : الرسالة المشار اليها فقرة ٣٦٨ مكرر ص ٣١٢ - فرانسيس سوفاج : فكرة الخطأ الجسيم فى عقد النقل البحرى والبرى، دالوز ١٩٣٢ ص ٢٥ - فرانسيس سوفاج : الخطأ الجسيم والتحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى أو البرى ، جازيت دى باليه ١٩٥٠ - ٢ - ١٢ - فوفانمو : أثر الخطأ الجسيم على مسئولية الناقل، جازيت دى باليه ١٩٥٣ ص ٢٣ فقرة ٨ - جامبو ميرلين : الغش والخطأ الجسيم ، دالوز ١٩٥٥ ص ٨٩ - رينيه رودير : فكرة مهددة ، الخطأ العادى فى العقود، المجلة الفصلية القانون المدنى ١٩٥٤ ص ٢٠١ ومابعدها فقرة ٨ وما بعدها - مصطفى كمال طه : الوجيز القانون البحرى فقرة ٤٣١ - عبد الرحمن سليم، شروط الاعفاء من المسئولية طبقا لمعاهدة سندات الشحن ؛ رسالة من الاسكندرية ١٩٥٦ ص ٢٨٩ ومابعدها - علي حسن يونس : أصول القانون البحرى ١٩٦٧ فقرة ٥٠٤ ص ٤٠١

(٢) محكمة باريس فى ٦ يونيه ١٩٥٢، مجلة القانون البحرى الفرنسى ١٩٥٢ - ٤٢١ - الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١١ مارس ١٩٦٠ ، دالوز ١٩٦٠ - ٢٧٧ - نقض مدنى مصرى فى ١١ فبراير ١٩٦٠ (مجموعة أحكام النقض المدنى س ١١ ق ٢٠ ص ١٢٦) - نقض مدنى فى ١١ فبراير ١٩٦٠ (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١١ ق ٢١ ص ١٢٧) - نقض مدنى فى ٢٢ يونيه ١٩٦١ (مجموعة احكام النقض المدنى ، س ١٢ ق ٨٥ ص ٥٥٧) - نقض مدنى ٩ نوفمبر ١٩٦١ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٢ ق ١٠٩ ص ٦٧٢)

البحرى أو من تابعيه[1]، من شأنه زوال هذا التحديد القانونى للمسئولية اذ الغش يفسد كل شيء .

٢١٢ - على أنه بالنسبة للخطأ الجسيم من الناقل البحرى أو من تابعيه فقد اختلف الرأى فى مدى سريان التحديد القانونى للمسئولية فى هذه الحالة .

فقد ذهبت أحكام القضاء الفرنسى فى البداية الى أن الخطأ الجسيم من الناقل البحرى أو من تابعيه يعامل معاملة الغش ؛ فيكون من شأنه عدم جواز تمسك الناقل البحرى بالتحديد القانونى للمسئولية[2]، ولكن

---

(١) ويتجه راى الى قصر زوال التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى على غش الناقل دون غش تابعيه لانهم يعملون بعيدا عنه - ريئيه روديير : تعليق على حكم نقض فرنسى فى ١١ مارس ١٩٦٠ (داللوز ١٩٦٠ -٢- ٢٧٧)

(٢) نقض فرنسى فى ٥ يونيه ١٩٢٠ (جازيت دى باليه ١٩٢٠ -٢-١٢٤) نقض فرنسى فى ٢٤ مارس ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ -٢- ٢١٤) نقض فرنسى فى ٢١ يونيه ١٩٣٢ (جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ٢ - ٥٠٨) نقض فرنسى فى ٤ ابريل ١٩٣٣ (جازيت دى باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٨٣) نقض فرنسى فى ٣١ مايو ١٩٤٩ (جازيت دى باليه ١٩٥٠ -١- ١٧٧) محكمة مارسيليا فى ١٢ نوفمبر ١٩٢٣ (مجلة القانون البحرى ١٩٢٣ -١- ٥١٣) محكمة اكس فى ٢٠ يناير ١٩٢٢ (جازيت دى باليه ١٩٢٢ -١- ٤١٦) محكمة دواى فى ٤ ابريل ١٩٢٥ (مجلة القانون البحرى ١٩٢٥ -٢- ٣٨٤) محكمة السين التجارية فى ٨ ، ١٢ يناير ١٩٤٨ (داللوز ١٩٤٩ - ٦٢) محكمة السين التجارية فى ١٦ يونيه ١٩٤٩ (جازيت دى باليه ١٩٤٩ ملخص ٦) محكمة باريس فى ١٢ مارس و ١٤ ابريل ١٩٥١ (داللوز ١٩٥١ - ٦٠٦) ؛ محكمة السين التجارية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٢ (مجلة القانون البحرى الفرنسى ١٩٥٣ - ٢١٠) محكمة باريس فى ٨ مايو ١٩٥٢ (J C P ١٩٥٢ - ٢ - ٧٦٢٤) محكمة استئناف روان فى ٧ يونيه ١٩٥٢ (مجلة القانون البحرى الفرنسى ٥٥ - ٤٨٣)

القضاء الفرنسي عاد واعتنق رأي العميد ريبير [١] من أنه يجوز للناقل البحرى الافادة من التحديد القانونى للمسئولية فى حالة الخطأ الجسيم منه أو من تابعيه [٢]، وهو ما سارت عليه محكمة النقض المصرية [٣].

هذا الاتجاه القضائى الذى يصرح للناقل البحرى بالتمسك بالتحديد

---

(١) ريبير: تعليق على حكم النقض فى ٣١ مايو ١٩٤٩ داللوز ١٩٥١ ص١٥٧، وعلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٦ يوليو ١٩٥٤ (داللوز ١٩٥٥ ص٢)

(٢) نقض فرنسى فى ٦ يوليو ١٩٥٤ (داللوز ١٩٥٥ — ١ — J.C.P. ١٩٥٤ — ٢ — ٨٣٥٣ ، ومجلة القانون البحرى الفرنسى ١٩٥٤ — ٥٨٤ — الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١١ مارس ١٩٦٠ داللوز ١٩٦٠ —٢٧٧ ، J.C.P. ، ١٩٦٠ — ٢ — ٥٥٠ مكرر)

(٣) نقض مدنى فى ١١ فبراير ١٩٦٠ «يندرج فى نطاق التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى طبقا للمادة ٥/٤ من معاهدة سندات الشحن "كل مايقع من هلاك أو تلف نتيجة لخطأ غير عمدى تافها كان أو يسيرا أو جسيما ولايخرج من هذا النطاق الا مايكون ناشئا عن غش الناقل شخصيا ولا عبرة بالقول بأن الخطأ الجسيم يعتبر صنوا للغش ويجرى عليه حكمه ، لانه متى كانت معاهدة سندات الشحن هى الواجبة التطبيق على النزاع فيجب اعمال ماورد بهذا التشريع الخاص من احكام خاصة بالتحديد القانونى للمسئولية بصرف النظر عما فيها من مغايرة لما هو مقرر بشأن التحديد الاتفاقى للمسئولية وعلى ذلك فانه يكون غير منتج النعى على الحكم الخطأ فى الاستناد الى المادة ٢/٢١٧ طالما كان محمولا فى قضائه بالمسئولية محددة على احكام معاهدة سندات الشحن (مجموعة احكام النقض المدنى س١١ ق٢٠ ص١٢٦)؛ وفى نفس المعنى نقض مدنى فى ١١ فبراير ١٩٦٠ (مجموعة احكام النقض المدنى س١١ ق ٢١ ص١٢٧) ونقض مدنى فى ٢٢ يونيه ١٩٦١ (مجموعة احكام النقض المدنى س١٢ ق ٨٥ ص٥٥٧) ونقض مدنى فى ٩ نوفمبر ١٩٦١ (مجموعة احكام النقض المدنى س١٢ ق١٠٩ ص٦٧٢)

القانونى فى حالة الخطأ الجسيم منه أو من تابعيه يستند الى رأى العميد ريبير من أن النص الضيق للمادة الخامسة من قانون ٢ ابريل ١٩٣٦ الذى وضع أحكام معاهدة بروكسل بشأن سندات الشحن موضع التنفيذ فى القانون الفرنسى — والذى قضى بأن الناقل البحرى لا يلزم (فى أى حال من الاحوال) بأكثر من الحد الاقصى القانونى للمسئولية : هذا النص من النظام العام ولا تجوز مخالفته الا فى حالة الغش ؛ لأن الغش يفسد كل شىء. كما أن مبدأ المساواة بين الغش والخطأ الجسيم هو مبدأ لم يتم اقراره تشريعيا حتى يمكن الاستناد اليه فى استبعاد التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى فى حالة الخطأ الجسيم. هذا فضلا عن أن استقلال الطاقم البحرى عن المجهز يوجب المساواة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم من جانب أفراد هذا الطاقم . وبالاضافة الى ذلك فان مسألة الخطأ الجسيم لم تكن محل مناقشة فى مؤتمر بروكسل اذ أن كثيرا من الدول المشتركة فى المؤتمر كانت قوانينها تجهل فكرة الخطأ الجسيم ولا تعرف الا الغش ، ولو كانت نية واضعى المعاهدة قد انصرفت الى زوال التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى فى حالة الخطأ الجسيم لما أعوزهم النص على ذلك صراحة كما حدث بالنسبة لمعاهدة فارسوفيا الخاصة بمسئولية الناقل الجوى والمعقودة فى ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ وكذلك معاهدة روما الخاصة بالنقل الدولى بالسكك الحديدية والمعقودة فى ١٦ مارس ١٩٣٤. ومن ناحية أخرى فان المساواة بين الغش والخطأ الجسيم لا تكون الا فى التحديد الاتفاقى للمسئولية ، أما التحديد القانونى للمسئولية فلا يجوز الاخذ فيه بهذه المساواة .

٢١٣ — ولكن جانبا آخر من الفقه الفرنسى عارض هذا الاتجاه القضائى الذى يصرح للناقل البحرى بالتمسك بالتحديد القانونى للمسئولية فى حالة الخطأ الجسيم منه أو من تابعيه باعتبار أن هذا المسلك من القضاء

الفرنسي قد تبرره اعتبارات متعلقة بالقانون الوطني الفرنسي وخاصة قانون ٢ ابريل ١٩٣٦ الذي وضع معاهدة بروكسل موضع التنفيذ، ولكنه لايتفق وروح المعاهدة ذاتها [١] .

فمن وجهة نظر القانون الوطني الفرنسي نجد أن المساواة بين الغش والخطأ الجسيم من الناقل البحري والتي تؤدي الى حرمانه من التمتع بالتحديد القانوني للمسئولية من شأنها أن تضع الناقل البحري الفرنسي في مركز أسوأ من مركز الناقلين في مجال المنافسة الدولية . هذا فضلا عن أن هدف قانون ٢ ابريل ١٩٣٦ كان تحقيق الموازنة الدقيقة بين الشاحنين والناقلين . ففي مقابل التحديد القانوني لمسئولية الناقل البحري نجده يتحمل بالاخطاء الشخصية والمسئولية عن اصابات العمل . ومن ناحية أخرى فان من شأن مسائلة الناقل البحري بالمسئولية كاملة بسبب الخطأ الجسيم وجود تعارض مع عدم مسئوليته عن الخطأ الملاحي الجسيم والذي لايعامل معاملة الغش ويجب أن يمتد هذا الحكم الى التحديد القانوني للمسئولية . وأخيرا فان نصوص المعاهدة قصد منها تحقيق وحدة تشريعية بين مختلف الدول المشتركة في المعاهدة وبالتالي لايجوز الاخذ بتفسير نصوص المعاهدة في صدد نص فرنسي بحت .

وعلى ذلك فاذا كان هذا المسلك له مايبرره من وجهة نظر القانون الوطني الفرنسي فانه يجب أن يكون قاصرا على النقل البحري الداخلي [٢] ، دون النقل البحري الدولي .

---

(١) جامبر ميرلين : الغش والخطأ الجسيم ، داللوز chr ١٩٥٥ ص٨٩ وما بعدها .

(٢) نوفان مو : اثر الخطأ الجسيم على مسئولية الناقل ، جازيت دي باليه ١٩٥٣ ص٢٣ فقرة ٩

٧١٤ - فاذا انتقلنا الى تفسير معاهدة بروكسل لسندات الشحن دون التقيد بالتفسير الوطنى للقانون الفرنسى نجد أن نصوص هذه المعاهدة من شأنها أن توجب ضرورة حرمان الناقل البحرى من التمسك بالتحديد القانونى للمسئولية فى حالة الخطأ الجسيم منه أو من تابعيه .

فرغم أن النص الوارد بالمعاهدة يقضى بأنه لايلزم الناقل أو السفينة (فى أى حال من الاحوال) ، بتعويض يزيد عن الحد القانونى ، فان دعاة التفسير الحرفى للنص أنفسهم يهدمون مذهبهم بالقول بعدم سريان هذا التحديد القانونى للمسئولية فى حالة الغش وعلى ذلك يجب معاملة الخطأ الجسيم نفس معاملة الغش فى هذا الشأن وفقا للقاعدة العامة التى يعتنقها فقهاء القانون المدنى من عدم سريان شرط تحديد المسئولية فى حالة الغش والخطأ الجسيم ، ولا تقف فكرة النظام العام حائلا دون ذلك ، مادمنا قد سمحنا للغش بأن يلغى التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى رغم النص الضيق الذى لايجيز تجاوز هذا التحديد (فى أى حال من الاحوال) [1]؛ اذ ليس هناك مايدعو الى افراد مسئولية الناقل البحرى بوضع خاص من قاعدة زوال التحديد القانونى للمسئولية فى حالة الغش والخطأ الجسيم ، طالما ليس هناك نص قانونى صريح يقضى بذلك [2] .

واذا كانت الاعمال التحضيرية للمعاهدة قد خلت من مناقشة مسألة الخطأ الجسيم وكانت هذه المسألة غير معروفة فى قوانين بعض البلاد المشتركة فى المعاهدة وخاصة البلدان الانجلوسكسونية التى تعرف فكرة الغش ولا

(١) فرانسيس سوفاج : الخطأ الجسيم والتحديد القانونى للمسئولية فى النقل البحرى او البرى ، جازيت دى باليه ١٩٥٠ -٢- ١٢

(٢) فونان مو : أثر الخطأ الجسيم على مسئولية الناقل ، جازيت دى باليه ١٩٥٣ ص٢٣ فقرة ٩

تعرف فكرة الخطأ الجسيم فان هذه الاعمال التحضيرية للمعاهدة لاتتضمن أى اشارة صريحة أو ضمنيــة تفيد تنازل الوفد الفرنسى عن المساواة بين الغش والخطأ الجسيم وهى فكرة أساسية فى التشريع الفرنسى [١] .

ومن ناحية أخرى فان القانون الوطنى الفرنسى الذى وضع معاهـدة بروكسل موضع التنفيذ قد خالف نصوص هذه المعاهدة فى كثير من المسائل وهذه المعاهدة لم تهدف الى التقليل من ضمانات الشاحنين قبل الناقلين البحريين [٢] .

واضافة الى ذلك فان لفظ (فى أى حال من الاحوال) الوارد بالمادة ٥/٤ من المعاهدة لم يقصد منه تحديد المسئولية أيا كانت درجة الخطأ وانما قصد منه مهما بلغت قيمة البضاعة التالفة أو الهالكة [٣] .

واذا وضعنا فى اعتبارنا الى جانب الاسباب السابقــة ــ ان تحـديد مسئولية الناقل البحرى قد قصد منه حمايته من مبالغة الشاحنين فى تقدير قيمة البضاعة ؛ فان قواعد العدالة والمساواة توجب استبعاد التحديد القانونى للمسولية فى حالة الغش كما فى حالة الخطأ الجسيم [٤] .

---

(١) فرانسيس سوفاج : المقال المشار اليه ١٩٥٠ ــ فوفان مو : المقـال المشار اليه ١٩٥٣

(٢) فرانسيس سوفاج : المقال المشار اليه ١٩٥٠

(٣) نوفان مو : المقال المشار اليه ١٩٥٣

(٤) عبد الرحمن سليم : شروط الاعفاء من المسئولية طبقا لمعاهدة سندات الشحن ص ٢٨٩ ــ ٢٩٧

ومؤدى ذلك أن مسلك القضاء الفرنسي بالتصريح للناقل البحرى بالتمسك بالتحديد القانوني للمسئولية ، ان كان يمكن أن يجد له سندا فى نصوص قانون ٢ ابريل ١٩٣٦ الذى وضع معاهدة بروكسل موضع التنفيذ استنادا الى اعتبارات اقتصادية وقانونية وطنية لاتخص الا القانون الوطنى الفرنسي وحده ، فان هذا القضاء لايجد له سندا من نصوص معاهدة سندات الشحن التى تسمح بحرمان الناقل البحرى من التمسك بالتحديد القانونى للمسئولية فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم منه أو من تابعيه .

٢١٥ - أما مسلك القضاء المصرى الذى يسمح للناقل البحرى بالافادة من التحديد القانونى للمسئولية فى حالة الخطأ الجسيم ، فانه يبدو مسلكا معيبا من كافة الوجوه .

فقد ترددت محكمة النقض المصرية فى هذا المسلك بين الحجج التى استند اليها القضاء الفرنسى والفقه المؤيد له ؛ وبين استبعاد نص المادة ٢١٧ مدنى مع الاستناد الى نصوص معاهدة سندات الشحن[1] .

فالاسباب التى يرتكن اليها القضاء الفرنسى تخص القانون الوطنى الفرنسى والظروف الاقتصادية الوطنية وحدها ، ولا يجوز للقضاء المصرى الاستناد اليها .

أما نصوص معاهدة سندات الشحن فانها لم تذهب الى اجازة تمتع الناقل البحرى بالتحديد القانونى للمسئولية رغم خطئه الجسيم على ما سبق بيانه .

---

(١) انظر الاحكام المشار اليها آنفا فقرة ٢١٢

وكذلك فان استبعاد نص المادة ٢١٧ مدنى وتخصيصها بالتحديد الاتفاقى للمسئولية دون التحديد القانونى لما لايتفق مع ما درجت عليه محكمة النقض المصرية ذاتها من اعمال هذه المادة بصدد التحديد القانونى لمسئولية الناقل الجوى وحرمانه من التمتع بهذا التحديد فى حالة الغش كما فى حالة الخطأ الجسيم[1] .

ومن ناحية أخرى فانه ليس ما يدعو الى افراد الناقل البحرى بهذا الوضع الخاص بالنسبة الى القاعدة العامة من زوال تحديد المسئولية فى حالة الغش والخطأ الجسيم ؛ وهى قاعدة تبلغ مرتبة النظام العام فى التشريع المصرى بما لايجوز معه مخالفتها بالاستناد الى تفسير مشكوك فى صحته لمعاهدة سندات الشحن ودون نص صريح يساند هذا التفسير .

لذلك فانه اذا كان بعض الفقه فى مصر يؤيد مسلك القضاء المصرى فى هذا الصدد[2]، فان بقية هذا الفقه ترى بحق ضرورة معاملة الخطأ الجسيم من الناقل البحرى معاملة الغش من حيث حرمانه من التمسك بالتحديد

---

(١) نقض مدنى فى ٢٧ ابريل ١٩٦٧ (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٨ ق ١٣٧ ص ٨٩٦ « لما كانت المادة ٢١٧ من القانون المدنى الخاصة بشروط الاعفاء من المسئولية او الحد منها لاتعتبر من انواع الخطأ مايعادل الغش ويأخذ حكمه سوى الخطأ الجسيم فان الحكم المطعون فيه اذ استلزم لتطبيق المادة ٢٥ من الاتفاقية اتفاقية فارسوفيا الموقعة فى ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ بشأن التحديد القانونى لمسئولية الناقل الجوى وقوع خطأ جسيم من الناقل الجوى لايكون مخالفا للقانون »

(٢) مصطفى كمال طه : الوجيز فى القانون البحرى فقرة ٤٣١ ـ على حسن يونس : اصول القانون البحرى ١٩٦٧ فقرة ٥٠٤ ص ٤٠١

القانونى للمسئولية [1] .

٢١٦ - وفيما يتعلق بالتحديد القانونى لمسئولية الناقل الجوى فان المادة ٢٢ (معدلة) من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المدنى الموقعة فى١٢ أكتوبر ١٩٢٩ تقضى بأنه فى حالة نقل الاشخاص تكون مسئولية الناقل قبل كل راكب محدودة بمبلغ مقداره ٢٥٠ الف فرنك . وفى حالة نقل الامتعة المسجلة أو البضائع تكون مسئولية الناقل محدودة بمبلغ مقداره ٢٥٠فرنكا عن كل كيلو جرام ، ما لم يقدم المرسل منه عند تسليم الطرد الى الناقل اقرارا خاصا يبين فيه مدى ما يعلقه من أهمية على تسليم الطرد الى الجهة المرسل اليها وما لم يدفع مقابلا لذلك رسما اضافيا اذا اقتضى الامر وعندئذ يكون الناقل ملزما بأن يدفع التعويض بحيث لايتجاوز حد المبلغ المبين فى الاقرار مالم يقدم الناقل الدليل على أن هذا المبلغ يجاوز مدى الاهمية الحقيقية التى يعلقها المرسل منه على تسليم الطرد . وفيما يتعلق بالحاجات التى يحتفظ بها الراكب فتكون مسئولية الناقل محدودة بمبلغ خمسة آلاف فرنك لكل راكب .

٢١٧ - وبعد هذا التحديد القانونى لمسئولية الناقل الجوى نصت المادة ٢٥ من الاتفاقية (قبل تعديلها) على أنه « ١ - ليس للناقل أن يتمسك بأحكام هذه الاتفاقية التى تعفيه من المسئولية أو تحد منها اذ كان الضرر قد تولد عن غشه ، أو من خطأ يراه قانون المحكمة المعروض عليها النزاع

---

(١) احمد عبد الهادى : القانون البحرى ١٩٤٦ فقرة ٢٨٢ ص٢٨١ - على جمال الدين عوض : التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى طبقا لمعاهدة بروكسل المحاماه . العدد السابع السنة ٣٥ ص ١٤١٣ عبد الرحمن سليم : شروط الاعفاء من المسئولية طبقا لمعاهدة سندات الشحن ص٢٨٩ - ٢٩٧ - محمد كامل أمين ملش اختفاء البضائع المرسلة بحرا المحاماه : العدد ١١ السنة ٥ ص ٩ وما بعدها

معادلا للغش ٢ ــ وكذلك يحرم الناقل من هذا الحق اذا أحدث الضرر فى نفس الظروف . أحد تابعيه فى أثناء تأديته لاعمال وظيفته »

وقد كانت الاعمال التحضيرية للمعاهدة تشير الى أن المقصود من هذه المادة هو الخطأ الجسيم الى جانب الغش.فقد أصر الاعضاء الالمان على الاعتداد بالخطأ الجسيم لاستبعاد التحديد القانونى لمسئولية الناقل الجوى، وعقب ممثلوا سويسرا بأن الغش هو فعل ايجابى للارادة بينما الخطأ الجسيم يمكن أن يكون فكرة سلبية.وأفاد الاعضاء الانجليز أن لفظ الغش والخطأ الجسيم لايمكن ترجمتها الى القانون الانجليزى حيث لا يعرفون سوى فكرة (wilful misconduct) التى تمثل ليس فقط الافعال التى ترتكب عمدا أو عن قصد وانما أيضا أفعال الاستهتار دون نظر الى النتائج . ولذلك فقد جاءت صياغة المادة ٢٥ من الاتفاقية بما يرضى الاطراف ويتفق مع المفهوم الانجليزى[1] .

ولكن نص المادة ٢٥ من الاتفاقية بصياغته هذه أثار صعوبات فى العمل بالنظر الى أن القوانين الوطنية عادة ماتحدد للخطأ الجسيم معنى لا يتطابق مع الغش ولكنه مع ذلك يكفى لتبرير استبعاد مثل هذا التحديد لمسئولية الناقل الجوى[2] ، ولذلك فقد تم تدارك هذا النقص فى صياغة المادة ٢٥ من

---

(١) دى جولارت : الغش والخطأ الجسيم فى النقل الجوى الدولى J.C.P. ١٩٥٢ ــ ١٠١٠ ــ نوفان مو : فكرة الخطأ الجسيم من الناقل فى القضاء ؛ جازيت دى باليه ١٩٥٣ ص١٩ ــ حسن كيره وسمير تناغو : مسئولية الناقل الجوى : مجلة الحقوق س ٨ علد ١و٢ ص ١ ــ ٦٢

(٢) انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف القاهرة فى ٢٥ يونيه ١٩٦٣ من ان نص المادة ٢٥/١ من اتفاقية فارسوفيا (قبل التعديل) اذ تحيل فى تحديد
=

الاتفاقية بالبروتوكول الموقع فى لاهاى فى ٢٨ سبتمبر ١٩٥٥[١]، بتعديل بعض أحكام هذه الاتفاقية ، وأصبح نص المادة ٢٥ بعد التعديل كما يلى «لاتسرى الحدود المنصوص عليها فى المادة ٢٢ متى قام الدليل على أن الضرر قد نشأ عن فعل أو امتناع من جانب الناقل أو تابعيه وذلك اما بقصد احداث ضرر واما برعونة مقرونة بادراك أن ضررا قد يترتب على ذلك ، فاذا وقع الفعل أو الامتناع من جانب التابعين فيجب أيضا اقامة الدليل على أنهم كانوا عندئذ فى أثناء تأدية وظائفهم » •

وبذلك أصبحت المسئولية المحدودة للناقل الجوى تستبعد فى حالة الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم منه أو من تابعيه أثناء تأديتهم لوظائفهم ، اذ الرعونة مع العلم باحتمال حدوث الضرر تتطابق مع فكرة الخطأ الجسيم[٢] •

=

الخطأ المعادل للغش الى قانون المحكمة ، وتنص المادة ٢١٧ مدنى بالحاق الخطأ الجسيم بالغش بالنسبة الى بطلان شروط الاعفاء من المسئولية ، فمن ثم يبين بجلاء انه لكى يصح التمسك بأحكام المادة ١/٢٥ من الاتفاقية ، يتعين على الراكب أو ورثته ان يقيموا الدليل على ان الناقل قد ارتكب خطأ جسيما يصل فى درجته الى الخطأ العمدى — بمعنى ان يكون الخطأ فاحشا غير مغتفر (محاماه ، العدد ٤و٥ س ٤٤ ص ٤٦٠ وما بعدها)

(١) وافقت مصر على هذا البروتوكول بالقانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ الصادر فى ٢٧ ديسمبر ١٩٥٥

(٢) نقض مدنى فى ٢٧ ابريل ١٩٦٧ «لما كانت المادة ٢١٧ من القانون المدنى الخاصة بشروط الاعفاء من المسئولية أو الحد منها لاتعتبر من أنواع الخطأ ما يعادل الغش ويأخذ حكمه سوى الخطأ الجسيم ؛ فان الحكم المطعون فيه اذ استلزم لتطبيق المادة ٢٥ من الاتفاقية (قبل تعديلها) وقوع خطأ جسيم

=

هذا التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى والجوى من شأنه أيضا أن يؤكد تلك المبادىء التى سبق أن استنتجناها من تطور فكرة التعويض فى القانون المعاصر ، ففى حالة الغش أو الخطأ الجسيم من الناقل البحرى والجوى أو من تابعيه أثناء تأدية وظائفهم يتضمن التعويض وظيفة أخرى رادعة بجانب وظيفته الاصلاحية فيرتفع التعويض العادل الى التعويض الكامل ، مع اهدار الاعتبارات التى دعت فى البداية الى تحديد مسئولية الناقل بحد أقصى .

المطلب الثالث

التزام رب العمل بالتعويض الكامل عن اصابة العمل

٢١٨ ــ اصابة العمل والتعويض الجزافى ٢١٩ ــ المقصود من الخطأ الجسيم من جانب رب العمل ٢٢٠ ــ الخطأ الجسيم من جانب رب العمل لا من جانب تابعه ٢٢١ ــ جسامة خطأ التابع لاتنتقل الى المتبوع ٢٢٢ ــ الحدود الفاصلة بين خطأ رب العمل وخطأ تابعه ٢٢٣ ــ مدى التعويض فى حالة الخطأ الجسيم

١ ــ اصابة العمل والتعويض الجزافى :

٢١٨ ــ الاصل أن اصابة العمل لاتجيز للعامل أن يطالب الا بالتعويض

=

من الناقل الجوى لايكون مخالفا للقانون » امجموعة أحكام النقض المدنى ، السنة ١٨ ص ٨٩٦) ــ وقارن أيضا نقض مدنى فى ذات التاريخ من أن المقصود بالخطأ المعادل للغش فى مفهوم المادة ٢٥ من الاتفاقية (بعد تعديلها) هو الخطأ الجسيم طبقا للمادة ٢١٧ من القانون المدنى محموعة أحكام النقض المدنى السنة ١٨ ، ق ١٢٨ ص ٩٠٧) ــ وانظر أيضا حسن كيره وسمير تناغو : مسئولية الناقل الجوى ، المقال المشار اليه

الجزافي المنصوص عليه قانونا والذى يقل عن التعويض الـكامل . كما لايجوز للعامل المصاب ترك هذا التعويض الجزافي الى المطالبة بالتعويض الكامل على أساس القواعد العامة للمسئولية المدنية سواء كان الالتزام بتعويض الاصابة خاضعا لقانون التأمينات الاجتماعية أو يقع على عاتق رب العمل فى الاحوال الخارجة عن نطاق التأمينات الاجتماعية.

ففى علاقة المصاب بالهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، لايجوزله أن يتمسك ضد الهيئة بأحكام أى قانون آخر غير قانون التأمينات الاجتماعية ؛ بما يحدده من التزام بالعلاج والتعويض الجزافي ، أيا ما كان سبب الاصابة أو مدى الضرر .

وفى علاقة المصاب بالغير ، يجوز للمصاب فى جميع الاحوال أن يرجع على الغير الذى تنجت الاصابة عن خطئه الثابت أو المفترض طبقا للقواعد العامة للمسئولية المدنية ، الى جانب ما يخوله قانون التأمينات الاجتماعية من حقوق. وفى ذلك تقضى المادة ٤٩ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بأنه «تلتزم الهيئة بتنفيذ أحكام هذا الباب (الباب الرابع فى شأن تأمين اصابات العمل) حتى ولو كانت الاصابة تقتضى مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل ولايخل ذلك بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول» [1] ، وبديهى أن ما يرجع به المصاب على الغير من تعويض انما يتمثل فى الفرق بين التعويض الذى توجبه القواعد العامة للمسئولية المدنية وتعويض الاصابة . اذ لا يجوز للمصاب أن يحصل على ما يجاوز

---

(١) وقد كانت المادة ٤٦ من قانون التأمينات الاجتماعية السابق رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ تجيز للهيئة أن تحل محل العامل المصاب فى الرجوع على المسئول عن الاصابة بقدر ما أدته الهيئة من تعويض للمضرور ؛ ولكن هذا النص لم يرد له مثيل فى قانون التأمينات الاجتماعية رقم ١٩٦٤/٦٣

ما يجبر الضرر لديه [١].

وفى علاقة المصاب برب العمل، فالاصل أنه يجب على العامل المصاب أن يقنع بالتعويض الجزافى الذى يتلقاه من الهيئة عن اصابة العمل مهما كان سبب الاصابة أو مدى الضرر ، بدون أن يسمح له بالافادة الى جانب ذلك أو بدلا من ذلك بالقواعد العامة للمسئولية المدنية . ولكن يجوز مع ذلك للمصاب أن يرجع على رب العمل بالتعويض الكامل وفقا لاحكام المسئولية المدنية اذا كانت الاصابة قد نتجت عن خطأ جسيم من جانب رب العمل .

٢ — المقصود من الخطأ الجسيم من جانب رب العمل :

٢١٩ — وقد كان القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن اصابات العمل يقضى فى مادته الرابعة بأن لايجوز للعامل المصاب أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر الا اذا كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ فاحش من جانب رب العمل ، ثم عدل المشرع فى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ عن لفظ الخطأ الفاحش الى لفظ الخطأ الجسيم [٢]، وفى الوقت الحاضر تنص

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ مارس ١٩٦٥ (مجموعة أحكام النقض المدنى السنة ١٦ ق ٦٢ ص٣٩٦) وانظر أيضا فى هذا المعنى : سمير تناغو ، المرجع السابق فقرة ١٣٩ ص٢٨٦ وما بعدها .

(٢) وقد أوضحت محكمة النقض أن الخطأ الفاحش هو الخطأ الجسيم، نقض مدنى فى ٩ ديسمبر ١٩٥٤ «لايبين من المادة الرابعة من قانون اصابات العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ولا من المذكرة التفسيرية أن الشارع عندما أجاز تطبيق

المادة ٤٢ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣/٦٤ على أنه « لا يجوز للمصاب فيما يتعلق باصابات العمل أن يتمسك ضد الهيئة بأحكام أى قانون آخر ولا يجوز نه ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل الا اذا كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانبه» .

وقد أوضحنا فيما سبق معنى الخطأ الجسيم والتفرقة بينه وبين الخطأ الذى لايغتفر فى القانون الفرنسى[1] ، على أنه اذا كانت فكرة الخطأ الجسيم بالمعنى الذى سبق أن حددناه تصلح لجميع الحالات والنصوص التى تناولت فكرة الخطأ الجسيم ، من أنها تتمثل فى كل فعل أو ترك ارادى مقرون بتوقع حدوث الضرر ، فقد سبق أن أشرنا أيضا الى أن مدى جسامة الخطأ تختلف حسب نوع الالتزام ومضمونه .

ففى نطاق اصابات العمل نجد أن فكرة الخطأ الجسيم تكتسب معايير اضافية ناتجة عن طبيعة التزام رب العمل بالحرص على تلافى مخاطر اصابات العمل فى هذا النوع أو ذاك من أنواع النشاط الصناعى ، وفى اتباع تعليمات الامن الصناعى ولوائحه[2] ، وضرورة الاخذ بأحدث وسائل الوقاية مادامت

=
قانون آخر خلاف قانون اصابات العمل قد ميز بين الخطأ الفاحش والخطأ الجسيم مما يدل على ان مؤداهما واحد فى هذا الخصوص وان معناهما يتضمن وقوع الخطأ بدرجة غير يسيرة ولايشترط ان يكون هذا الخطأ متعمدا » (مجموعة احكام النقض المدنى فى خمسة وعشرون عاما ج٢ قاعدة رقم ٢٩ ص ٨٦٨) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٦

(٢) حلمى مراد : قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، ١٩٦٠ فقرة ٨٧٤

مسكنة ومتبعة فى مصانع أخرى ، وبصفة عامة فانه يضاف الى المعايير العامة للخطأ الجسيم كل ابتعاد ملحوظ عن السلوك الواجب اتباعه من جانب رب العمل للمنع أو التقليل من مخاطر العمل متى كان يمكن للرجل المعتاد توقعها[1] .

ووقوع الفعل الذى نتجت عنه الاصابة تحت طائلة قانون العقوبات ، لايكفى بذاته لوصف خطأ رب العمل بأنه خطأ جسيم[2] ، فالخطأ الجنائى غير العمدى ليس حتما خطأ جسيما[3] . فثمة أفعال تتسم بانحراف يسير

---

(١) نقض مدنى فى ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦ «تكليف مصلحة التليفونات لاحدعمالها بالصعود فوق المبنى لاصلاح الاسلاك رغم أن المبنى به خلل يوجب اصلاحه مما ادى الى سقوط المبنى بالعامل ووفاته يعد خطأ جسيما يوجب تمتع المدعين بالقواعد العامة للمسئولية المدنية بدلا من التعويض الجزافى المحدد فى قانون اصابات العمل رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ (مجموعة أحكام النقض المدنى س١٧ ص ١٧٤٧)

(٢) أنظر آنفا فقرة ٢٠١

(٣) ومع ذلك قضت محكمة النقض فى ١٣ يونيو ١٩٥٥ بأن المقصود بما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ (المقابلة لنص المادة ٤٢ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤) من أنه (لا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام اى قانون آخر ، مالم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل) هو تلك الحوادث من صميم مخاطر العمل أو التى تنشأ قضاء وقدرا ولاتصل الى درجة الحوادث الواقعة تحت طائلة قانون العقوبات سواء كانت عن خطأ أو اهمال . اما هذه فتخرج عن نطاق النص سالف الذكر . كما تخرج من نطاقه نفس حوادث العمل بمعناها المتقدم متى كانت ناشئة عن خطأ جسيم من جانب

=

أو تافه فى السلوك من الناحية المدنية وتقتضى مع ذلك عقوبة المخالفة أو الجنحة ولكنها لاتصل الى المعنى المقصود من الخطأ الجسيم فى القانون المدنى. واذا كان الحكم الجنائى يحوز حجية الشىء المقضى به أمام المحاكم المدنية، فان ذلك يتناول قيام الخطأ وليس جسامته فمجرد ادانة رب العمل بحكم جنائى عن جريمة غير عمدية لايكفى بذاته لرجوع العامل المصاب عليه بدعوى المسئولية المدنية ؛ بل يجب عليه اثبات ان هذا الخطأ الذى أكده الحكم الجنائى يبلغ مرتبة الخطأ الجسيم من الناحية المدنية. اما اذا كانت الجريمة من الجرائم العمدية ، فان ذلك يحوز حجية الشىء المقضى به أمام القضاء المدنى اذ أن ذلك من متعلقات الحكم الجنائى أو من المسائل التى يجب الفصل فيها لقيام الجريمة الجنائية ؛ وبالتالى فان الجريمة الجنائية العمدية تعدخطأ عمدا من الناحية المدنية وتجيز للعامل المصاب باصابة ناتجة عن هذه الجريمة أن يرجع على رب العمل بالتعويض وفقا لقواعد المسئولية المدنية .

وبديهى أن الخطأ العمد من جانب رب العمل يأخذ حكم الخطأ الجسيم فى مفهوم المادة ٤٢ من قانون التأمينات الاجتماعية لأن الخطأ العمد يفوق الخطأ الجسيم ويستوعبه فى كل عناصره .

٣ ـ الخطأ الجسيم من جانب رب العمل لا من جانب تابعه :

٢٢٠ ـ رأينا أن رجوع العامل على رب العمل بالتعويض وفقا لاحكام

= رب العمل ولو كانت لا ترتبط بهذا الخطأ برابطة السببية بالمعنى الذى يستلزمه قانون العقوبات للاصابة الخطأ أو القتل» (نقض جنائى فى ١٣ يونيو ١٩٥٥ ، مجموعة احكام النقض فى خمسة وعشرين عاما ، جزء ٢ ، ص١٢٧٦)

المسئولية المدنية ، مقيد بأن تكون الاصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من رب العمل وفقا للمادة ٤٢ من قانون التأمينات الاجتماعية .

فاذا كان الفعل المؤدى الى الاصابة صادرا من رب العمل بشخصه ، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، فان ذلك لايثير صعوبة ، كاهمال رب العمل فى اتخاذ أسباب الوقاية من اصابات العمل رغم علمه أو امكان علمه بما قد ينتج عن ذلك من مخاطر . أو اهماله الاشراف على السلوك الشخصى للعامل الذى أحدث الاصابة بزميله[1] أو صدور قرار مجلس ادارة الشركة باستعمال مادة خطرة فى الصناعة لزيادة الارباح رغم العلم بخطورتها واحتمال وقوع ضرر بالعمال من استخدامها ، أو أن يعهد مجلس الادارة الى العامل بآلة أو مادة ضارة لايعرف كيفية استعمالها[2] ، أو اهمال الشركة فى توفير مضخات اطفاء لعدم وجود اعتماد بالميزانية لذلك . ففى هذه الحالات يكون الخطأ صادرا من رب العمل نفسه ، ويكون جسيما لأنه يتضمن فكرة الفعل أو الترك الارادى المقرون بتوقع حدوث ضرر بمعيار الشخص المعتاد ، ويكون المعيار هنا هو معيار رب العمل الحريص على توقى حدوث اصابات

---

(١) محكمة استئناف القاهرة فى ١٦ مايو ١٩٦٧ «جهة الادارة تعتبر مسئولة مسئولية اصيلة عن الخطأ الذى وقع منها ، باهمالها الاشراف على السلوك الشخصى لاحد عمالها المصاب باضطراب عقلى ادى به الى قتل زميله ، رغم تقرير القومسيون الطبى بانه مصاب بمرض عقلى ويجب عرضه على القومسيون كل ستة شهور ، واذا أهملت جهة الادارة فى مراقبة سلوك العامل المريض فهذا مما يعد خطأ شخصيا من جهة الادارة يستوجب مسئوليتها (محاماة ، العدد الاول ، السنة ٤٨ ص ١٢٨)

(٢) مصطفى كمال وصفى : المسئولية المدنية لاعضاء مجلس الادارة فى شركات المساهمة ، ١٩٦٥ ، فقرة ١٠٧ ص ١٤٤

العمـل بكافة الوسائل الممكنة أو المعروفة بمقتضى اللوائح أو العـرف الصنـاعى •

ولكن الغالب فى الامر أن تحدث اصابة العمل نتيجة لخطأ من جانب تابع رب العمل ، فهل يكفى أن يكون خطأ التابع هنا جسيمـا حتى نسمح للعامل المصاب بالرجوع على رب العمل بالتعويض الكامل ؟

ان نص المادة ٤٢ من قانون التأمينات الاجتماعية لم يذكر سوى الخطأ الجسيم من جانب رب العمل . ولم يذكر تابعه ، بينما النص الفرنسى للمادة ٤٦٨ من قانون التأمينات الاجتماعية الفرنسى[١] ، يسمـح بزيادة التعويض الجزافى فى حالة الخطأ الذى لايغتفر من جانب رب العمـل أو من هؤلاء الذين يكلفهم بالادارة (faute inexCusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitué dans la direction) • وكذلك نص المادة ٤٦٩[٢] من قانون التأمينات الاجتماعية الفرنسى الذى يجيز للعامل المصاب الرجوع بالتعويض الكامل على رب العمل اذا كانت الاصابة قد وقعت نتيجة لخطأ عمد من جانب رب العمل أو أحد تابعيه • ولو شاء المشرع المصرى أن يعطى للخطـأ العمد أو الجسيم من جانب التابع نفس الاثر الذى يرتبه على الخطأ الجسيم من جانب رب العمل ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة كما فعل القانون الفرنسى لعام

---

(١) قانون ١٠ دسمبر ١٩٥٦ ، وهى تقابل المادة ٦٥ من قانون ٣٠ اكتوبر ١٩٤٦)

(٢) قانون ١٠ ديسمبر ١٩٥٦ ، وهى تقابل المادة ٦٧ من قانون ٣٠ اكتوبر ١٩٤٦)

١٩٤٦ ولعام ١٩٥٦ بشأن التأمينات الاجتماعية [1].

٤ - جسامة خطأ التابع لاتنتقل الى المتبوع :

٢٢١ - واذا كان النص لايسعفنا فى القول بمسئولية رب العمل عن التعويض الكامل للاصابة فى حالة الخطأ الجسيم من جانب تابعه وحده ، فان التفسير الفقهى لفكرة الخطأ الجسيم ومسئوية المتبوع عن أعمال تابعه لايسمح أيضا بانتقال درجة جسامة الخطأ من التابع الى المتبوع .

هنا تبرز نتيجة تكييف مسئولية رب العمل عن خطئه الجسيم بأنها مسئولية رادعة. فالمقصود من الارتفاع بالتعويض من القدر الجزافى المحدد قانونا الى التعويض الكامل على حساب رب العمل ، ليس تعويض العامل المصاب بقدر ما هو ردع رب العمل ذاته عن خطئه الجسيم ؛ اذ التعويض الجزافى يكفى بذاته قانونا لجبر الضرر الناتج عن الاصابة . وما اطلاق حق الرجوع على رب العمل الا تحقيقا للوظيفة الرادعة للمسئولية المدنية فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم لمنع الاخطاء المستقبلة . ولو كان الامر يتعلق بالتعويض فحسب لسمحنا للعامل المصاب بالرجوع على رب العمل بالتعويض الكامل فى كل مرة يكون مدى الضرر فيها متجاوزا مقدار التعويض الجزافى اذا استطاع العامل اثبات خطأ رب العمل . لذلك يجب أن يكون الخطأ الجسيم منسوبا الى رب العمل ذاته وليس الى تابعه .

ولعله مما يؤيد هذا النظر أيضا أن المشرع - رغم تأكيده لزوال

---

(١) نقض مدنى فى ٩ مايو ١٩٤٦ «ان العبرة فى تطبيق المادة الرابعة من القانون ٦٤ لسنة ٣٦ الخاص باصابات العمل المقابلة للمادة ٤٢ من قانون التامينات الاجتماعية ، هى بدرجة الخطأ المنسوب الى رب العمل» (مجموعة القواعد القانونية جزء ٥ ص١٥٨ .

التحديد القانونى أو الاتفاقى فى المسئولية فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم من المدين ـ أجاز فى المادة ٢١٧ مدنى للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش والخطأ الجسيم من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . وكذلك تقضى المادة ٧٦٩ مدنى بأنه يسأل المؤمن عن الاضرار التى تسبب فيها الاشخاص الذين يكون المؤمن مسئولا عنهم ؛ مهما كان نوع خطئهم ومداه. وفى هذا دليل على أن الذنب الادبى الذى يؤدى الى اعمال المسئولية الرادعة يجب أن يكون صادرا من المسئول ذاته وليس من تابعيه ، اذ تحمله بالمسئولية عن غيره ليس من شأنه أن يلصق به مدى الذنب المنسوب الى هذا الغير .

وقد يقال أن رب العمل مسئول عن أعمال تابعه طبقا للمادة ١٧٤ مدنى وهى قاعدة عامة ، فاذا كان خطأ التابع جسيما فان ذلك يوجب مسئولية رب العمل على أساس أن خطأ المتبوع يعتبر جسيما بالتبعية لجسامة خطأ التابع[1] ، ولكن ذلك لايتفق والنظر السليم الى الامور .

---

(١) ويقول الاستاذ ليون مازو أن القانون لايصرح للمتبوع بنفى خطأئه للافلات من مسئوليته عن فعل تابعه ؛ لذلك فان المسئولية عن اعمال التابع هى مسئولية ليست قائمة على الخطأ ولكن المتبوع يفيد من عمل التابع او يعهد اليه بتنفيذ ما التزم به هو ، فهو بذلك يمد نشاطه هو . فالتابع ليس أداة فى يد المتبوع ، بل هو يده نفسها ؛ فيصبح المتبوع وكأنه قد تصرف بنفسه . ان من شأن ذلك المزج الحقيقى بين التابع والمتبوع . فمن الناحية القانونية : على الاقل قبل الغير : لايكون هناك تابع ومتبوع ؛ ولكن شخص واحد هو المسئول وعلى ذلك فان فعل التابع هو فعل المتبوع ؛ فان كان خطأ جسيما يفترض أنه خطأ عمد حتى يثبت العكس ؛ فالتحديد القانونى أو الاتفاقى للمسئولية يتلاشى باعتبار ذلك الخطأ صادرا من المتبوع ؛ انظر مقال مازو : المشابهة بين الخطأ الجسيم والغش . داللوز الاسبوعى : ١٩٣٣ ص٤٩ ومابعدها فقرة ١٩)

فمسئولية التابع تقوم على أساس القانون وليس مصدرها خطا المتبوع[1] • وعلى ذلك اذا كان خطأ التابع الذى أدى الى الاصابة يتصور أن يكون جسيما ، فان المتبوع ليس مخطئا وبالتالى لايتصور خطؤه الجسيم بمناسبة الخطأ الجسيم من جانب تابعه ، بمعنى أن الذى ينتقل الى المتبوع هو عبء التعويض عن خطأ التابع وليس خطأ التابع ذاته أو مدى جسامته• ومن ناحية أخرى فان المتبوع يسأل عن أعمال تابعه ولو كان غير مميز أو كان مجنونا ، أو كان مالك المشروع بعيدا عن ادارته ، بمعنى أن هناك حالات لالتزام المتبوع ينتفى معها الخطأ تماما أو لايتصور قيامه ومع ذلك فهو يسأل عن اعمال تابعه فكيف تتصور فى هذه الحالات التى ينتفى فيها خطأ المتبوع أنه يمكن نسبة خطأ جسيم اليه ؟

واذا كانت المادة ١٧٤ مدنى تجيز الرجوع على المتبوع بالمسئولية عن خطأ تابعه وهى قاعدة عامة ، فان هذه القاعدة ينالها التخصيص بالقيد الهام الوارد فى المادة ٤٢ من قانون التأمينات الاجتماعية • فاذا كان يجوز للمصاب أن يرجع على التابع نفسه طبقا لاحكام المسئولية المدنية ، فان رب العمل يتحصن من المسئولية المقررة بالمادة ١٧٤ مدنى بالاستناد الى المادة ٤٢ من قانون التأمينات الاجتماعية ، ، بطلب اثبات الخطأ الجسيم من جانبه هو وليس يكفى اثبات الخطأ الجسيم من تابعه •

٥ - الحدود الفاصلة بين خطا رب العمل وخطا تابعه :

٢٢٢ - واذا قلنا أن الخطأ الجسيم والذى يجيز للمصاب الرجوع على رب العمل وفقا لاحكام المسئولية المدنية هو الخطأ الجسيم المنسوب الى رب العمل ذاته دون ذلك المنسوب الى تابعه فان ذلك يثير معرفة الحدود

---

(١) السنهورى : الوسيط • جزء ١ فقره ٦٩١

الفاصلة بين خطأ رب العمل وخطأ تابعه ، خاصة وان التابع انما يعمل تحت اشراف رب العمل ورقابته وبتوجيه منه وهو لم يرتكب الخطأ الجسيم الا بسبب العمل .

فاذا كان خطأ التابع ناتجا عن تقصير رب العمل فى الرقابة عليه أوتوجيهه أو متابعته ، وكان هذا التقصير يكتسب بذاته صفات الخطأ الجسيم ، لان ذلك موجبا لمسئولية رب العمل عن التعويض الكامل ، لا لخطأ التابع ولكن للخطأ الجسيم من جانب رب العمل الذى كان سببا فى الفعل المؤدى الى الاصابة من جانب التابع ، مثال ذلك أن يعهد رب العمل بآلة خطرة الى عامل تقصر درايته أو كفايته الذاتية أو الجسمانية عن السيطرة عليها فيحدث بها اصابة لزميل له . هنا تقوم مسئولية رب العمل لا للخطأ الجسيم من جانب التابع ولكن لأن مسلك رب العمل ذاته يمكن أن يوصف بأنه خطأ جسيم استقلالا عن مسلك التابع ، اذ نحن بصدد فعل ارادى مقرون بتوقع الضرر .

ومن ناحية أخرى فان أى خطأ من التابع ، وليس يشترط أن يكون جسيما ، يقع بعلم رب العمل ورضاه أو نتيجة تقصيره فى الرقابة تقصيرا ارادياً يتسم بالانحراف الشديد وتوقع الضرر ، يعد خطأ جسيما من جانب رب العمل ، ويندرج تحت ذلك كل فعل خاطىء من التابع كان رب العمل يعلم بالضرر الذى يمكن أن ينتج عنه أو كان فى امكانه أن يعلم بهذا الضرر . ومع ذلك سمح بوقوع هذا الفعل عن ارادة أو عن ادراك أو عن اهمال من جانبه . ومثال ذلك أن يسمح رب العمل لاحد عماله بالعمل أو بادارة ماكينة بطريقة خاطئة يمكن أن ينتج عنها اصابة للغير ولو كان خطأ العامل يسيرا .

ولكن اذا كان رب العمل قد قام بواجبه كاملا فى الرقابة والاشراف ،

ومع ذلك وقع الخطأ من تابعه ولو كان جسيما ، وبصورة لايمكنه السيطرة عليها ، فان هـذا لا يؤدى الى مسئولية رب العمل . ذلك ان الخطأ الجسيم من جانب رب العمل هو خطأ واجب الاثبات وليس مفترضا أو مستنتجا ويتحدد بقياس سلوك رب العمل ذاته وليس بسلوك تابعه .

واذا كان رب العمل شخصا معنويا فان اللوائح التى يصدرها مجلس الادارة أو المدير المسئول[1] والاجراءات الحازمة التى تتبع لتنفيذها ووسائل الرقابة والتفتيش المستمر ووضع نظام للمراقبة والضبط واتخاذ كافة وسائل الامن الصناعى ، كل ذلك يعفى رب العمل من المسئولية ، اذا وقع خطأ جسيم من جانب تابعه ، رغم كل هذه الاجراءات ، بصورة لايمكن تداركها أو السيطرة عليها . وهذا لايمنع بطبيعة الحال من رجوع العامل المصاب على المتبوع المخطىء وحده طبقا للقواعد العامة لتكملة التعويض الجزافى الى ما يعادل التعويض الكامل .

٦ ـ مدى التعويض المستحق للمصاب فى حالة نشوء الاصابة عن خطأ جسيم من جانب رب العمل :

٢٢٣ ـ متى كانت الاصابه قد نشأت عن خطأ جسيم من جانب رب

---

(١) يمكن القول بأن هناك مسئولية شخصية من الشخص المعنوى بسبب الاخطاء الواقعة من اعضائه ذوى الصفة طبقا للقانون فى تمثيله والتعاقد باسمه مثل مجلس الادارة والمدير العام والمدير المفوض فهؤلاء ليسوا من تابعى الشخص المعنوى بل هم اعضاء الشخص المعنوى (انظر بيكارد وبيسون - مطول التأمين البرى ـ ج٢ فقرة ٢٩ ص٦٠ ـ ٦١ ـ مصطفى كمال وصفى المسئولية المدنية لاعضاء مجلس الادارة فى الشركات المساهمه ١٩٦٥ ، فقرة ٢٣ وما بعدها ص٤٤ .

العمل . فان المسئولية تكتسب وظيفة رادعة الى جانب وظيفتها الاصلاحية، وذلك بالانتقال بالتعويض الجزافى الى التعويض الكامل[1]، فيجوز فى هذه الحالة للعامل المصاب أن يرجع على رب العمل بالتعويض الكامل وفقا لاحكام المسئولية المدنية . ولكن قد تعرض عدة فروض فى العمل .

١ - يحق للمصاب، رغم الخطأ الجسيم من جانب رب العمل ، أن يقتضى التعويض الجزافى من التأمينات الاجتماعية فضلا عن نفقات العلاج وما يتصل بذلك من معونة مالية تعادل أجره عن أيام الاصابة وفى هذه الحالة لا يكون له أن يرجع على رب العمل الا بالفرق بين التعويض الجزافى وبين التعويض الكامل[2] .

وقد يتجه القاضى فى حكمة الى تقدير تعويض محدد يرى فيه أنه يمثل الفرق بين التعويض الجزافى المحدد فى قانون التأمينات الاجتماعية وبين التعويض الكامل الذى يقدر وفقا للقواعد العامة للمسئولية المدنية.ولكن هذه الطريقة تؤدى عادة الى تجاوز مجموع التعويضين للتعويض الكامل،

---

(١) نقض مدنى فى ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٧ ص١٧٤٧

(٢) نقض مدنى ٢٥ يونيو ١٩٦٤ "التزام رب العمل بتعويض العامل طبقا لقانون اصابات العمل وان كان لايمنع من التزامه بالتعويض عن الحادث طبقا لاحكام القانون المدنى اذا وقع بسبب خطئه الجسيم ، الا ان هذين الالتزامين متحدان فى الغاية وهى جبر الضرر جبرا مكافئا له ولا يجوز ان يكون زائدا عليه ، اذ ان كل زيادة تعتبر اثراء على حساب الغير دون سبب "مجموعة أحكام النقض المدنى السنة ١٥ ق ١٣٥ ص٨٦٠ ، وانظر ايضا أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ١٩٦٤ ، فقرة ٤٨٤ - سمير تناغو : المرجع السابق ، فقرة ١٣٩ ص٢٨٦ وما بعدها .

لأن القاضى وهو بصدد تقدير هذه التكملة للتعويض سيصدر فى رأيه كما لو كان يقدر تعويضا كاملا بصفة مبتدأة متأثرا بكافة الاعتبارات التى يتأثر بها لو لم يكن هناك جزء من التعويض قد استوفاه المصاب فى صورة التعويض الجزافى . ولذلك فمن الاسلم — تحقيقا لغرض المشرع من عدم تجاوز التعويض الجزافى والتعويض التكميلى معا للتعويض الكامل ، ان يقدر القاضى التعويض الكامل بصورة مبتدأه ، ثم يخصم منه التعويض الجزافى الذى استوفاه المصاب من التأمينات الاجتماعية [1] .

٢ — وقد يلجأ المصاب الى القواعد العامة للمسئولية المدنية ، ويطالب رب العمل بالتعويض الكامل عن الاصابة الناتجة عن خطئه الجسيم ، دون أن يلجأ الى التأمينات الاجتماعية لاقتضاء التعويض الجزافى ، وفى هذه الحالة يجوز لرب العمل ادخال الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية فى الدعوى ، لتقوم بالوفاء بالتعويض الجزافى للعامل المصاب ، ولايلتزم رب العمل الا بالفرق بين هذا التعويض الجزافى والتعويض الكامل .

٣ — واذا نشأت الاصابة عن خطأ جسيم من جانب رب العمل ولكن اشترك معه فى احداث الاصابة خطأ الغير جسيما كان أو يسيرا ، كما لو سمح رب العمل لمقاول باستخدام طريقة خطرة فى انجاز عمل معين فى مكان العمل مع علمه بما قد يترتب عليها من اصابات للعمال ، فيجوز فى هذه الحالة للمصاب أن يحصل على التعويض الجزافى ويرجع فى ذات الوقت بالتعويض الكامل على الغير (م ٤١ من قانون التأمينات الاجتماعية) ويكون رب العمل متضامنا فى المسئولية مع هذا الغير ، لا فى كل التعويض المقضى به من المحكمة ، بل فى الشق الذى يمثل الفرق بين التعويض الجزافى والتعويض الكامل .

---

(١) Max Le Roy reparation du prejudice corporel. D. H., chr. P. 17

المبحث الثانى

زوال التعـديل الاتفاقى لقواعد التعويض

٢٢٤ ـ يسمح المشرع للاطراف ـ فى المسئولية العقدية ـ بلوغ عدالة التعويض عن طريق التحديد الاتفاقى للتعويض فى صـورة الشرط الجـزائى ، أو عن طـريق التعـديل الاتفـاقى لقـواعد المسـئوليـة بحيث لا يستـحق التعـويض الا بتـوافر درجـة معينـة من الخطـأ أو يضمن المدين القوة القاهرة • ومع ذلك فان المدين لايجوز له أن يفيد من المزايا التى كان سيجنيها من هذه الحرية التعاقدية اذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، ويلزم عنـدئذ بالتعويض الكامل وفقا لمبـدأ الارتباط بين التعويض الرادع والتعويض الكامل •

المطلب الاول : زوال التحديد الاتفاقى للتعويض

المطلب الثانى : زوال التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية العقدية •

المطلب الاول

زوال التحديد الاتفاقى للتعـويض

٢٢٥ ـ التعويض الاتفاقى ٢٢٦ ـ استحقاق التعويض الاتفاقى بالقـدر المتفق عليه ٢٢٧ ـ زيادة التعويض الاتفاقى

٢٢٥ ـ تقضى المـادة ٢٢٤ مدنى بأنه «لايكون التعويض الاتفاقى مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر•ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة

كبيرة ، أو أن الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ٠ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين »

وتقضي المادة ٢٢٥ بأنه «اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما » ٠

وقد أوضحنا فيما سبق أن حرمان الدائن من المطالبة بالتعويض الكامل في حالة تجاوز مدى الضرر ــ الناتج من الخطأ اليسير ــ لقيمة الشرط الجزائي تجد تبريرها في عدالة التعويض ٠على أنه قد يتصور أن يحصل الدائن على تعويض يجاوز مدى الضرر في الفرض الذي تزيد فيه قيمة التعويض الاتفاقي عن مدى الضرر زيادة غير مبالغ فيها ، وقد يتصور أن يقرر القاضي تعويضا كاملا يجاوز قيمة التعويض الاتفاقي اذا زاد الضرر عن ذلك وكان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ٠ على أن شخصية التعويض أو تأثره بجسامة الخطأ لايتصور قيامها الا في الفرض الثاني حيث يرتكب المدين غشا أو خطأ جسيما ٠

١ ــ استحقاق التعويض الاتفاقي بالقدر المتفق عليه :

٢٢٦ ــ يستحق التعويض الاتفاقي بالقدر المتفق عليه ، اذا كان اخلال المدين بالتزامه لايقترن بغش أو خطأ جسيم ٠فالشرط الجزائي يفترض فيه باتفاق الطرفين أنه يؤدي الى جبر الضرر الناتج عن الاخلال بالالتزام ولو كان هذا الضرر يجاوز التعويض الاتفاقي تجاوزا كبيرا ٠

وقد يتجاوز التعويض الاتفاقي مدى الضرر ، ومع ذلك فهو يستحق للدائن دون تخفيض وهذا هو الفرض الذي لايتسم فيه التعويض الاتفاقي بمبالغة كبيرة أو متجاوزة ، فاذا ثبت أن قيمة الشرط الجزائي تجاوز مدى

الضرر تجاوزا يسيرا أو معتدلا أو مقبولا، فلا يجوز تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي ضبتا لفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ مدني •

هذه الزيادة المعتدلة فى التعويض الاتفاقي عن مدى الضرر ، لا تعد عقوبة خاصة كما ذهب الى ذلك جانب من الفقه[1] • اذ من التجاوز القول بأنها لاتمثل ضررا حقيقيا • وهى أيضا لاتخصص لردع مدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما ؛ فتقدير التعويض الذى يجبر الضرر مسألة تقديرية بحتة سواء تعلقت بارادة الاطراف أو بعمل القاضى ، وهى ليست مسألة حسابية بسيطة وحاسمة يمكن أن يصل فيها العديد من الناس الى نتيجة واحدة ؛ فلسنا نجد ذلك الحد الفاصل بين ماهو متجاوز لقيمة الضرر وماهو معادل لقيمته •

٢ - زيادة التعويض الاتفاقي :

٢٢٧ - لايجوز للدائن أن يطلب زيادة التعويض الاتفاقي الى مايعادل التعويض الكامل المساوى للضرر الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما • هنا تبرز الوظيفة الرادعة للمسئولية المدنية الى جانب الوظيفة الاصلاحية • وهذا الردع يتمثل فى التفرقة بين مدين وآخر حسب مدى جسامة الخطأ الصادر منه ، وفى شخصية التعويض بالاعتداد بسلوك المدين وفى الارتفاع بالتعويض العادل أو الاصلاحي الى التعويض الكامل بما يحقق وظيفتى الردع وجبر الضرر •

فالتعويض هنا يتناول طرفى العلاقة التعاقدية أو القانونية ، بتعويض

(١) ايجنى : المرجع السابق ص ١٧٠ ومابعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه : جـ٢ فقرة ٧٥٣ - سليمان مرقس : مصادر الالتزام ، فقرة ٦٢٤ ص ٦٠٥ .

الدائن عن جميع ما لحقه من ضرر ، اذ لم يعد هناك مبرر لتحمله بجزء من الضرر ، وبردع المدين عن غشه وخطئه الجسيم .

وبديهى أن زيادة قيمة الشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقى الى التعويض الكامل تشمل تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع فى المسئولية العقدية ، وهذا ما يتفق مع صراحة المادة ٢٢١ مدنى وما يحقق فى ذات الوقت فكرة الردع فى المسئولية المدنية .

ومن ناحية أخرى فان الغاء الشرط الجزائى فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم يؤدى بدوره الى عدم الاعتداد بالدافع أو الاعتبارات التى دعت المتعاقدين الى هذا التحديد الاتفاقى للتعويض ، فلا يجوز للمدين فى هذه الحالة أن يطلب الاعتداد بأنه قدم للدائن سعرا مخفضا نظير تحديد مسئوليته بالشرط الجزائى . لأن مثل هذا المبرر ان كان يصلح فى تحديد التعويض العادل ، فانه لامحل له فى التعويض الذى يجمع بين وظيفة الردع ووظيفة جبر الضرر .

أما اذا كان التعويض الاتفاقى متجاوزا لمدى الضرر ، وارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما فان بطلان الشرط الجزائى هنا لايعنى عدم جواز تمسك الدائن بالقيمة الواردة فى هذا الشرط ، بل له أن يتمسك بهذا التقدير المتجاوز من الطرفين[1] ، لأن هذا التقدير كان محل اعتبار من الطرفين فى تحديد مدى التزاماتهما قبل بعضهما ولا يجوز أن يفيد المدين من غشه أو خطئه الجسيم بطلب تخفيضه الى الحد المعقول .

---

(١) مازووتنك : المرجع السابق ، ج ٣ فقرة ٢٦٣١

المطلب الثاني

زوال التعديل الاتفاقي لقواعد المسئولية العقدية

٢٢٨ - جواز الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية العقدية ٢٢٩ - عدم افادة المدين من غشه أو خطئه الجسيم - ٢٣٠ - جواز اعفاء المدين من المسئولية عن خطأ تابعيه العمد أو الجسيم

٢٢٨ - رأينا أن المسئولية العقدية تقوم على مجرد اخلال المدين بالتزاماته سواء بعدم تحقيق النتيجة التي وعد بها، أو بعدم بذل العناية التي تعهد بها، وذلك دون حاجة الى البحث في نيته أو دوافعه أو وصف مسلكه بأنه مسلك ملوم من الناحية الادبية أو أنه يتضمن فكرة الذنب، كل مافي الامر أن المدين أخل بما وعد به فانعقدت مسئوليته العقدية، فالمسألة تتعلق بارادة الطرفين وبعلاقتهما التعاقدية التي يمكنهما أن يحددا أحكامها .

لذلك فان المشرع يسمح لارادة الطرفين بأن تلعب دورا أساسيا في تعديل قواعد المسئولية العقدية، ولكن في الحدود التي تكون فيها المسئولية غير مستندة الى فكرة الذنب واللوم الادبي .وفي ذلك تقضي المادة ٢١٧ مدني بأنه «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين بتبعة الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة.وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما نشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ويقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع».وتوضح المادة ٢١١ مدني مدى العناية التي يجب أن يبذلها المدين في تنفيذ التزامه،

ثم تؤكد فى فقرتها الثانية «وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أوخطأ جسيم »

وعلى ذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تشديد أحكام المسئولية العقدية ، بالاتفاق على تحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء أو القوة القاهرة، وبهذا يكون المدين بمثابة المؤمن لدائنه وقد يتفق المتعاقدان على تخفيف المسئولية العقدية على درجات متنوعة ، فقد يعفى المدين من خطئه العقدى أو يتدرج الاعفاء من الخطأ التافه الى الخطأ اليسير . ولكن لايجوز اعفاء المدين من نتائج خطئه العمد أو خطئه الجسيم . وان كان يجوز الاتفاق على اعفائه من الغش أو الخطأ الجسيم الذى يصدر من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

والتعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية العقدية قد يتحقق عن طريق تعديل مضمون الالتزام . فقد يتفق المتعاقدان على تشديد المسئولية بتحويل الالتزام ببذل عناية الى التزام بتحقيق نتيجة أو على تخفيف المسئولية بتحويل التزام بتحقيق نتيجة الى التزام ببذل عناية . واذا كان التزام المدين يتمثل فى بذل عناية ، فانه يتصور أيضا التخفيف أو التشديد فى المسئولية بالنزول أو التشدد فى معيار الرجل المعتاد ، وذلك بادخال عنصر ذاتى أو شخصى فى هذا المقياس بالاعتداد بمسلك المدين نحو أمواله الخاصة كحد أدنى للعناية الواجبة منه أو كحد أقصى لهذه العناية .

فالمتعاقدان لهما الحرية مطلقة فى تحديد التزاماتهما المتبادلة فى العلاقة العقدية ـ فى حدود النظام [illegible] والآداب . فاذا ما اتفق على اعفاء المدين

من المسئولية فان ذلك عادة ما يقابله تعديل فى مدى التزامات الدائن[1] . فاذا اشترط الناقل اعفاءه من المسئولية عن التأخير فى تسليم البضائع أو فقدها أو هلاكها لاسباب لاترجع الى غشه أو خطئه الجسيم ، فان ذلك عادة ما يقابله تخفيض كبير فى سعر النقل . فاذا ما حرم الدائن مستقبلا من التعويض عن الضرر الذى لحقه ؛ فيفترض أنه قد رضى بذلك مقدما على أساس ما جناه من فائدة تمثلت فى تخفيض التزاماته العقدية .

والامر يكون كذلك فى حالات اشتراط درجة معينة من الخطأ لقيام مسئولية المدين . كاشتراط اثبات خطئه دون الاكتفاء بمجرد اثبات اخلاله بالتزامه أو اشتراط اثبات خطئه التافه وخطئه الذى يقاس بمسلكه الذاتى فى شئون نفسه ، فكل ذلك من شأنه أن ينعكس على تحديد التزامات كل من الطرفين عند التعاقد .

٢٢٩ ــ على أنه اذا نسب الى المدين غش أو خطأ جسيم ، فان الوظيفة الرادعة للمسئولية تبرز الى الوجود ولايكون هناك مفر من ردع المدين بالوسيلة الوحيدة الممكنة وهى التعويض الكامل . فيلتزم المدين رغم شرط عدم المسئولية أو التخفيف منها ورغم كل ما منحه للدائن من مزايا فى العقد بتعويض كل الاضرار التى نتجت عن غشه أو خطئه الجسيم .

واذا كان الفقه يكاد يجمع على تفسير بطلان شرط الاعفاء من المسئولية

---

(١) مازووتنك : المرجع السابق ج٣ فقرة ٢٥١٦ ــ ديموج : الالتزامات ج٥ فقرة ١١٦٥ ــ بلانيول وريبير واسمان : ج٦ طبعة ثانية . فقرة ٤٠٥ ومابعدها ــ بلانيول وريبير وبولانجييه : ج٢ فقرة ٨٦٠ ــ كولين وكابيتان ودى لاموراندبير : ج٢ فقرة ٩٢٨ . ٩٢٩ ــ ستارك : المرجع السابق ، ص٤٥٤ ومابعدها . وص ٤٦٨ وما بعدها ــ ريبيه روديير : فكرة مهددة . الخطأ العادى فى العقد . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٠ ص ٢٠١ وما بعدها فقرة ٩

فى حالة الغش بفكرة الشرط الارادى الذى يجعل الالتزام معلقا بمحض ارادة المدين[1] ، فانه قد يتصور ألا يكون من شأن الغش أو الخطأ العمد تحقيق فكرة الالتزام الارادى : كما لو تعمد المدين تنفيذ التزامه بطريقة خاطئة بقصد الاضرار بالدائن وهو ما يؤكد دور فكرة الردع فى بطلان شرط عدم المسئولية بمناسبة الغش من المدين .

ورغم أن الغش أو الخطأ الجسيم هنا هو شرط لقيام المسئولية أو شرط لاستحقاق التعويض فان ذلك لايلغى فكرة الردع فى هذه الحالة. فثمة تفرقة بين مدين وآخر حسب ما اذا كان قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما أو ارتكب خطأ يسيرا حيث يتحمل المدين المذنب بتعويض ما كان ليلتزم به لو أن خطأه كان يسيرا.وثمة تأثر من التعويض بدرجة جسامة الخطأ . وثمة انتقال من الوضع الذى ارتضاه المتعاقدان عدالة الى التعويض الكامل.وثمة أيضا تدرج فى الخطأ من شأن التأثير فى التعويض ، فقد يتفق المتعاقدان على معيار أشد أو أخف للخطأ أو على درجة معينة تقوم بها المسئولية وفى ذلك ارتباط وثيق بين التعويض وتدرج الخطأ[2].ومتى قامت المسئولية الكاملة للمدين بسبب غشه أو خطئه

---

(١)مازووتنك : المرجع السابق ، جزء ٣ فقرة ٢٥٢٢ — بلانيول وريبير وبولانجييه : جزء ٢ فقرة ٨٦٧ — كولين وكابيتان ودى لاموراندير : ج ٢ فقرة ٩٢٦ — بلانيول وريبير واسمان : جزء ٦ طبعة ثانية فقرة ٤٠٣ — رابو :الرسالة المشار اليها ، فقرة ١٦٧ — روديير : فكرة مهددة، الخطأ العادى فى المسئولية العقدية . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٤ ص ٢٠١ وما بعدها فقرة ٨

(٢)ويقول الاستاذ السنهورى ان تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين، بحيث تتدرج المسئولية معها عن اخطاء متدرجة ، من الفعل العمد الى الخطأ الجسيم الى الخطأ اليسير الى الخطأ التافه هو القدر الذى يصلح للبقاء من نظرية تدرج الخطأ المهجورة .الوسيط جزء ١ فقرة ٤٤٠ هامش ١)

الجسيم ، رغم وجود شرط الاعفاء أو التخفيف من المسئولية ، فانه يسأل عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع طبقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مدنى ، بل وهو يسأل أيضا عن التعويض الكامل ولو كان شرط الاعفاء محل اعتبار من الطرفين عند تحديد التزاماتهما فى العقد فلا يعتد بذلك عند تقدير التعويض تأكيدا للوظيفة الرادعة للمسئولية فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم .

٢٣٠ ـ على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تجيز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . ومثل هذا الاعفاء كان محل انتقاد من الفقه على أساس أن الخطأ الصادر من التابع يعتبر صادرا من المدين ذاته[1] ، ولأن ذلك يمنح الفرصة كاملة للمدين للافلات من التزامه كلية عن طريق غش تابعه أو خطئه الجسيم[2] . وقد حاول جانب من الفقه التخفيف من مخاطر هذا النص بالتضييق من فكرة التابع واعتبار مدير الشركة أداة لها وليس تابعا ، أو عن طريق اعتبار مثل هذا الشرط شرط اذعان كما فى اشتراط شركات النقل عدم المسئولية عن السرقات التى يرتكبها عمالها[3] .

على أنه اذا كانت القاعدة أن جسامة خطأ التابع لا تنتقل الى المتبوع[4] ، فانه قد يخشى أن تسمح هذه القاعدة للمدين بالافلات من المسئولية بادعاء أن الغش أو الخطأ الجسيم انما وقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ

---

(١) مازو وتنك : جزء ٢ فقرة ٢ . ١٠ ثانيا ، جزء ٣ فقرة ٢٥٢٧

(٢) ستارك : المرجع السابق ص ٤٧٥ وما بعدها

(٣) السنهورى : الوسيط جزء ١ فقرة ٤٤٠ هامش ١ ص٦٧٧ من الطبعة الاولى .

(٤) انظر آنفا فقرة ٢٢١

التزامه ، وهو أمر نه خطورته من الناحيـــة العملية اذا وضعنا فى اعتبارنا أن المدين ينفذ التزامه فى غالب الاحوال عن طريق الغير .

لذلك فانه الى جانب فكرة شرط الاذعان ، وهى تشمل كثيرا من شروط عدم المسئولية عن فعل الغير والتى يقبلها الدائن اذعانا منه وفكرة التضييق فى صفة من يعدون من الاتباع ، فانه يمكن الحـد من خطورة مثل هـذا التصريح القانونى بالاعفاء من المسئولية عن عمل تابع المدين ، بالتوسع فى نطـاق مـا يعتـبر خطـأ مـن المـدين المتبـوع والتضييـق مـن نطاق مايعتبر خطأ من التابع . فكلما كان فعـل التابع واقعا تحت سيطرة المتبوع وعلمه وتوجيهه كان ذلك خطأ شخصيا من المتبوع لا من التابع[1] ، ويقتصر نطاق خطأ التابع على الافعال التى لم يكن فى وسع المتبوع تداركها بحرص الرجل المعتاد. فالسرقة التى تحدث من عامل الشركة أو الخطأ الذى ينشأ عن فعل أحد عمالها وهو فى حالة سكر قد يعقد مسئولية الشركة أو يعفيها مع وجود شرط عدم المسئولية عن فعـل التابع حسب ما اذا كان فى امكان الشركة تدارك مثل هذا الفعل أو السيطرة عليه أو تلافيه أو منعـه بايجاد نوع من الرقابة والاشراف أو التوجيه بالنسبة لتابعيها .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : جزء ٦ فقرة ٤٠٤ ، اتفاقات عدم المسئولية عن فعل الغير تكون مقبولة مالم يثبت ان هناك خطأ شخصيا جسيما من المتبوع او المدين كخطأ فى الاختيار او الرقابة او فى صناعة مادة معينة .

المبحث الثالث

التقدير القضائى للتعويض وجسامة الخطأ

٢٣١ – اذا كان تقدير التعويض من عمل القاضى ، فان الخطأ الموصوف من جانب المسئول من شأنه الزام القاضى بالتحول عن معايير التخفيف التى تؤدى الى عدالة التعويض الى معايير التشديد التى تؤدى الى شخصية التعويض أى الى التعويض الرادع أو التعويض الكامل .

وتأثر التعويض القضائى بجسامة الخطأ يبدو فى المسئولية العقدية فى صورة الزام المدين بتعويض الضرر غير المتوقع فضلا عن الضرر المتوقع وفى المسئولية التقصيرية فى استبدال عوامل التخفيف بعوامل التشديد ، ثم فى تعويض الضرر الادبى الذى كان مجالا خصبا لنمو الاتجاه الشخصى للتعويض ، وأخيرا فى نظام التهديد المالى كنظام يشير الى الضرورة العملية لهذا الاتجاه الشخصى .

المطلب الاول : أثر جسامة الخطأ فى المسئولية العقدية

المطلب الثانى : أثر جسامة الخطأ فى المسئولية التقصيرية

المطلب الثالث : أثر جسامة الخطأ فى تعويض الضرر الادبى

المطلب الرابع : أثر جسامة الخطأ فى نظام التهديد المالى

المطلب الاول

اثر جسامة الخطأ فى المسئولية العقدية

٢٣٢ - التزام المدين بتعويض الضرر غير المتوقع ٢٣٣ - تبرير الفقـه لهذا الالتزام ٢٣٤ - الوظيفة الرادعة والمسئولية العقدية

٢٣٢ - تقضى المادة ٢٢١ مدنى بأنه «اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص القانون فالقاضى هو الذى يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذ لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقـد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعـاقد»

وقد أوضحنا فيما سبق[1] ، أن قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع فى حالة الخطأ اليسير يجد تفسيره فى فكرة عدالة التعويض.

أما حيث يرتكب المدين غشا أو خطأ جسيما فان من شأن ذلك الزامه بالتعويض الكامل الذى لايقتصر على الضرر المتوقع بل يشمل أيضا الضرر غير المتوقع كما هو الشأن فى المسئولية التقصيرية .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٢ و١٦٣

٢٢٣ - وقد اختلفت الآراء فى تفسير هذه الزيادة فى التعويض التى يتحملها المدين فى المسئولية العقدية بمناسبة غشه أو خطئه الجسيم. فقد ذهب جانب من الفقه الى أن ذلك جزاء الغش ، اذا الغش من شأنه الاخلال بالالتزام بالتنفيذ بحسن نية وهو شرط يتضمنه كل عقد ، بينما الخطأ اليسير ليس سوى خطأ فى التنفيذ بطريقة معيبة [1]. وذهب رأى ثان الى أن المدين الذى يرتكب غشا يبتعد عن دائرة التعاقد [2] ، أو يدخل فى نطاق المسئولية التقصيرية حيث لايجوز الاتفاق على تحديد التعويض [3] .

وثمة رأى آخر [4] ، يذهب الى أن ارادة الطرفين هى التى تحدد مدى

---

(١) كولين وكابيتان ودى لاموراندير : جـ٢ فقرة ٨٩٩

(٢) جوسران : جـ ٢ فقرة ٦٣٣

(٣) حسين عامر : المسئولية المدنية ١٩٥٦ فقرة ٥٦٣ ص ٥٤٥ - سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٢٦٤ ص٢٣٧ - بشرى جندى : خصائص المسئولية العقدية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة س١٤ عدد ٣ فقرة ٤٦ ص ٥٠ - وانظر ايضا المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى الجديد بصدد المادة ٢١٥ «ويكون للمسئولية التعاقدية فى حالتى الغش والخطأ الجسيم حكم المسئولية التقصيرية » . (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٥) وانظر ايضا نقض مدنى فى ٢٥ فبراير ١٩٦٥ من ان أساس التزام الناقل البحرى هو سند الشحن وهو الذى يحدد المسئولية العقدية للناقل ، وليس للمدعية ان تلجأ الى المسئولية التقصيرية الا اذا كان الناقل قد ارتكب فعلا يحرمه القانون (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٦ ق ٣٥ ص٢٢٠) . وفى نفس المعنى نقض مدنى فى ٢٦ ابريل ١٩٦٨ (مجموعة احكام النقض المدنى س١٩ ق ١٠ ص ٧٦٢)

(٤) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٤٥٢ - ويؤيد هذا الرأى انور سلطان

=

المسئولية العقدية ، وقد افترض القانون أن هذه الارادة قد انصرفت الى جعل المسئولية عن الضرر قاصرة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضا معقولا أن المدين قد ارتضاه ، ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقى يقصر التعويض على الضرر المتوقع على أنه فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم يبطل هذا الشرط الذى يعدل مقدار المسئولية ، ويلتزم المدين عندئذ بتعويض أى ضرر متوقعا كان أو غير متوقع .

هذا بينما يفسر رأى آخر فى الفقه التزام المدين بتعويض الضرر غير المتوقع علاوة على الضرر المتوقع فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم بفكرة العقوبة الخاصة التى تفرض نفسها على المشرع لردع المدين الذى ارتكب غشا ، فبين الخطأ اليسير والغش اختلاف فى درجة الجسامة تبرر المغايرة فى مدي التعويض[1] .

٢٣٤ ـ ونعتقد أن التزام المدين ، فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم ، بتعويض الضرر غير المتوقع الى جانب الضرر المتوقع ، لايقوم على فكرة المسئولية التقصيرية ، بل على فكرة الوظيفة الرادعة التى يكتسبها التعويض بسبب جسامة الخطأ[2] . فالمدين رغم غشه أو خطئه الجسيم لايزال مسئولا

=

مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٢٢٨ ص٣١٣ ـ اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٣٤ ص٦٧ ـ وانظر أيضا بلانيول وريبير وبولانجييه ج ٢ فقرة ٧٤٨

(١) مازوو تنك : المرجع السابق ج ٣ فقرة ٢٣٧٦

(٢) مازوو تنك : المرجع السابق ، جزء ٣ فقرة ٢٣٧٦ ـ ايجنى : المرجع السابق ، ص ٢٥٠

بالعقد ، ولازال للتعويض هنا صفة التعويض العقدى[1] . فالدائن لم يعرف مدينه الا عن طريق العقد . والمسئولية العقدية هى التى نرجع اليها وحدها فى حالة الاخلال بالعقد . أما المسئولية التقصيرية فلا يكون الرجوع اليها الا فى حالة عدم وجود رابطة تعاقدية بين المسئول والمضرور .

ومن ناحية أخرى فان فى القول بأن فى تعويض الضرر غير المتوقع رجوع الى المسئوليـة التقصيرية اعتناق لفكرة الجمع بين المسئوليـة التقصيرية والمسئولية العقدية عن التزام واحد له مصدر واحد هو العقد ، وهى فكرة كانت محل انتقاد من مجموع الفقه[2] .

ونضيف الى ذلك أن تعويض الضرر غير المتوقع فى المسئوليـة العقدية والذى يرتبط بالغش أو الخطأ الجسيم من المدين ، يسند المسئولية فى هذه الحالة الى اللوم الادبى أو فكرة الذنب ، وليس لازما أن يؤدى هذا اللوم بهذه المسئولية الى أن تصبح مسئولية تقصيرية ، اذ هذه المسئولية التقصيرية ليست قائمة على اللوم الادبى فى جميع الاحوال ، بل لايكون ذلك أيضـا الا فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم ، وتقرير التعويض الكامل فى المسئولية التقصيرية عن الخطأ اليسير — من وجهة نظر الفقه التقليدى — ليس أساسه فكرة الذنب ، ولكن أساسه عدم وجود رابطة مسبقة بين المضرور والمسئول تسمح بقيام ارادة تحدد مدى التعويض[3] .

فالتعويض فى المسئولية العقدية ، ليس هو فى الاصل التعويض الكامل ، بل هو التعويض العادل الذى يحدد القانون أو الاطراف مداه ، ولكن فى

---

(١) دموج ، الالتزامات ، جزء ٦ فقرة ٢٧٤ ص ٣٠٨

(٢) سارك ، المرجع السابق ص ٤٢٧

(٣) مازووتنك ، المرجع السابق جزء ٣ فقرة ٢٣٧ .

حالة الغش أو الخطأ الجسيم واستناد المسئولية الى فكرة الذنب أو اللوم الادبي : فان التعويض العدل يستبدل بالتعويض الكامل ، وبذلك يجمع التعويض بين الوظيفة الاصلاحية والوظيفة الرادعة ، فمتى أصبح من الممكن وصف عدم تنفيذ الالتزام : وهو فى الاصل فكرة مجردة وموضوعية ، بأنه يتضمن فى ذات الوقت خطأ عمدا أو خطأ جسيما ، فان هذه الجسامة للخطأ يجب أن تدخل عنصرا شخصيا فى التعويض ، فتسمح بذلك بالتفرقة بين مدين وآخر حسب ماإذا كان قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما فى تنفيذ التزامه ، أو كان مسلكه مجردا من شيء من ذلك.

المطلب الثاني

اثر جسامة الخطا فى المسئولية التقصيرية

٢٣٥ — موقف القضاء والفقه فى فرنسا وفى مصر ٢٣٦ — مبدأ الاعتداد بجسامة الخطا مبدا قانونى فى التشريع المصرى ٢٣٧ — مدى التزام القاضى بمراعاة جسامة الخطا فى تقدير التعويض ٢٣٨ — مدى تاثر التعويض بجسامة الخطا ٢٣٩ — الخطا المفترض ٢٤٠ — توزيع التعويض عند تعدد المسئولين حسب جسامة الخطا ٢٤١ — خطا المضرور

٢٣٥ — ان قاعدة التزام القاضى بمنح المضرور تعويضا كاملا ، مهما كانت درجة جسامة الخطأ . هى قاعدة يحاول جانب كبير من الفقه الفرنسى أن يؤكد لها صفة المبدأ[1] .هذه القاعدة مؤداها ، كما رأينا . أنه سواء كان

---

(١) مازووتنك : المرجع السابق . جـ٣ فقرة ٢٣٦٤ — بلانيول وريبير واسمان : جـ٦ فقرة ٦٨١ — بلانيول وريبير وبودوان : جـ٧ فقرة ٨٥٥ — بودرى وبارد :

الخطأ عمدا أو جسيما أو يسيرا ، فان ذلك ليس من شأنه أن يؤثر على تقدير التعويض وأن المعيار فى ذلك هو مدى الضرر وحسب ، وهذا ما يمكن أن نلمسه أيضا من أفكار الفقه فى مصر [1].

ومع ذلك فان أنصار هـذا المبدأ يعترفون بأنه ليست له قيمة المبدأ الا من الناحية النظرية ، فالقضاة بقدر ماهم يؤكدون هذا المبدأ بقدر ما هم يجتهدون فى الاخلال به [2] . فطالما أن تقدير مدى الضرر هو مسألة وقائع يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض ، فانه يتجه الى زيادة التعويض أو التخفيف منه حسب جسامة الخطأ [3] ، وهذا شعور طبيعى يستولى على

=

طبعة ثانية ج ٤ فقرة ٢٨٧٤ - سوردا : المسئولية المدنية ، ج ١ ، فقرة ٦٥٩ - لوران : ج ٢٠ فقرة ٥٣٠ - ديموج : الالتزامات ج ٤ فقرة ٤٥٣ و٤٦٦ - ليسبين ريبير : المرجع السابق ، فقرة ٨٨ - ريبير : القاعدة الاخلاقية ، فقرة ١٧٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه : ج ٢ فقرة ٩٦٤ ، ١١٥٢ - رابو : الرسالة المشار اليها فقرة ١١٦ - فينى : انهيار المسئولية الفردية ١٩٦٤ ، فقرة ٣٦٥ - دى باج : الطبعة الثالثة ١٩٦٤ ج٢ فقرة ١٠٢٢ - باربيير : تأثير الظروف المخففة لجسامة الخطأ على مدى التعويض فى المسئولية المدنية J.C.P. ١٩٤٧ ص ٥٨٥

(١) السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٦٤٧ ، ٦٤٨ - أنور سلطان : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٤٨٠ وما بعدها - سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٤٠٩ وما بعدها - اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٤٧ ص ١١٣ وما بعدها - حسين عامر : المسئولية المدنية ١٩٥٦ فقرة ٥٥٥ وما بعدها .

(٢) مازوونتك : المرجع السابق ، ج ٣ فقرة ٢٣٦٥

(٣) مازوونتك : المرجع السابق ، ج ٣ فقرة ٢٣٦٥ - بلانيول وريبير واسمان :

=

القاضى ، فهو لايستطيع أن يتحامى ادخال جسامة الخطأ عاملا فى تقـدير التعـويض[1] .

وقد انتقد جانب من الفقه الفرنسى[2]، هذا المسلك من جانب القضاء ، فلا يجوز أن يتحول التعويض الى عقوبة خاصة غالبا ماتتحملها شركةتأمين. وهذا المسلك غير عادل بالنسبة للمضرور والمسئول ، فلا يجب أن يتحمل المضرور بالحرمان من جزء من التعويض اذا كان الخطأ يسيرا فهو أجنبى عن الخطأ ، ولايجوز له أن يفيد من جسامة الخطأ ، وهذا المسلك من جانب القضاء ينتمى الى العصور السحيقة حيث كان كل حكم يتمثل فى شكل عقوبة.

ولكن هذا المسلك من جانب القضاء كان يسانده منذ البداية جانب هام

===

ج ٦ فقرة ٦٨٣ ـ سافاتييه : المسئولية المدنية ، الطبعة الثانية فقرة ٦١٠ ـ رروديير : ج٩مكررمنمطول بيدان١٩٥٢ فقرة ١٣٩٠ ـ مارتى وربنو : ج٢ فقرة ٥٣٩ ـ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٣١ ـ لالو : المسئولية المدنية فقرة ١٥٢ ـ ستارك : المرجع السابق ص ٣٨٤ ـ ٣٨٦ ـ فينى ـ المرجع السابق فقرة ٣٦٥ ـ ليسين ريبير : المرجع السابق فقرة ٨٩ ـ بيير باربييه : المقال المشار اليه ، داللوز ١٩٤٧ ص ٥٨٥ ـ روبلو : فكرة الخطأ الجسيم . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٣ ص ١ وما بعدها ـ ريبير : ثمن الالم . داللوز ١٩٤٨ ص١

(١) السنهورى : الوسيط ج١ فقرة ٦٤٨ وهامش ١ من صحيفة ٩٧٤ من الطبعة الاولى ـ اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٤٧ ـ انور سلطان ، مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٤٨٢ ـ بيير باربييه : تأثير الظروف المخففة لجسامة الخطأ على مدى التعويض. داللوز الاسبوعى ١٩٤٧ ـ ١ ـ ٥٨٥

(٢) مازووتنك : المرجع السابق . ج٣ فقرة ٢٣٦٥ ـ رابو : المرجع المشار اليه . فقرة ١١٦

من الفقه . فنجد ايهرنج ينادى بمبدأ التوازن بين الذنب والتعويض[١] . ويقول لوران أن التعويض المدنى ماهو الا عقوبة مدنية . وكل عقوبة يجب أن تتناسب مع مدى جسامة الخطأ[٢] . ويتجه سوردا الى اطلاق حرية القاضى فى الملائمة بين التعويض والخطأ[٣] ، وهو ما ينادى به أيضا ريبير[٤] ، وفوازنيه[٥] .

وتحت تأثير هذا الفقه حاول القضاء الفرنسى تحويل مسلكه الواقعى الى مبدأ قانونى ، فصدرت بعض أحكام تؤكد صراحة أن درجة جسامة الخطأ يجب أن توضع فى الاعتبار عند تقدير التعويض[٦] . ولكن محكمة النقض الفرنسية رفضت اقرار هذا المبدأ[٧] .

ولكن رغم اصرار محكمة النقض الفرنسية على أن التعويض يجب أن

...

---

(١) ايهرنج : الخطأ فى القانون الخاص ، ترجمة موليني ، ص ٦١،٤٩، ٦٤

(٢) لوران ، ج٢٠ فقرة ٥٣٠ — وفى نفس المعنى باربييه ، المقال المشار اليه داللوز ١٩٤٧ ص ٥٨٥

(٣) سوردا : المسئولية المدنية ، ج ١ فقرة ٦٥٩

(٤) ريبير : مقدمة مؤلف المسئولية المدنية لسافاتييه

(٥) فوازنيه : المرجع السابق ص ٢٩٥ — ٣١٩

(٦) انظر فى تعداد هذه الاحكام : بيير باربييه ، المقال المشار اليه ، داللوز الاسبوعى ١٩٤٧ — ١ — ٥٨٥ — ومن الاحكام الحديثة التى صدرت فى هذا المعنى : حكم لمحكمة نيم الفرنسية فى ٢٠ ابريل ١٩٦١ (جازيت دى باليه ، ١٩٦١ — ٢ — ١٠٢ وتعليق اندريه تونك على هذا الحكم فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦١ ص ٦٧٦ رقم ٧ ، حيث رفعت المحكمة التعويض عن الضرر الادبى المحكوم به للوادين من ١٤ الف فرنك الى ٣٠ الف فرنك بمراعاة جسامة الخطأ من المسئول .

(٧) انظر مازوتنك : المسئولية المدنية ج ٣ فقرة ٢٢٦٨ والاحكام المشار اليها

يرتبط بمدى الضرر وحده دون اعتبار لمدى جسامة الخطأ[١]، فان القضاء الفرنسى استمر على مسلكه هـذا بصورة ضمنية ومضطردة. حتى أصبح ذلك اتجاها قضائيا ثابتا، ولكن دون أن ينطق به القضاء صراحة[٢].

وفى مصر نهج القضاء المصرى فى البداية على الاعتداد صراحة بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض ثم سكت عن التصريح بذلك[٣]، وصدرت أحكام

---

(١) نقض فرنسى فى ٢٤ مايو ١٩١٣ ؛ داللوز ١٩١٦ ـ١ـ٢٥ نقض فرنسى فى ٢١ اكتوبر ١٩٤٦ .J.C.P ١٩٤٦ — ١١ — ٣٣٤٨ — نقض مدنى الدائرة الثانية فى ٨ مايو ١٩٦٤ ، جازيت دى باليه ١٩٦٤ ـ٢ـ ٢٢٣ .

(٢) مازووتنك : المرجع السابق ، ج٢ فقرة ٢٣٦٥ ـ سافاتييه : المسئولية المدنية ؛ الطبعة الثانية ؛ فقرة ٦١٠ ـ بلانيول وريبير واسمان ج٦ فقرة ٣٨٨ ، ٦٨٢ ـ لالو : المسئولية المدنية فقرة ١٥٢ ـ روديير ج٩ مكرر من مؤلف بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩٠ ـ مارتى ورينو : جزء ٢ فقرة ٥٣٩ ـ سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص ١٠٥ ـ ستارك : المرجع السابق ، ص٣٨٥ ، ٢٨٦ ـ رابو : الرسالة المشار اليها فقرة ١١٦ ـ ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٢١ ـ فينى: انهيار المسئولية الفردية ١٩٦٤ ـ فقرة ٣٦٥ ص ٣٠٩ ـ بول اسمان : الخطأ ومكانه من المسئولية المدنية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٩ ص ٤٨١ ـ سافاتييه : شخصية وعدم شخصية المسئولية ؛ مذكرات مهداة الى لابورد لاكوست ١٩٦٣ ص٣٤٤ ـ روبلو : فكرة الخطأ الجسيم : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٣ ص ١ ومابعدها ـ ريبير ، ثمن الالم ؛ داللوز ١٩٤٨ ص ١ ـ باربييه : اثر الظروف المخففة لجسامة الخطأ على تقدير التعويض .J.C.P ١٩٤٧ ـ ١ ـ ٥٨٥

(٣) السنهورى: الوسيط ج١ فقرة ٦٤٨ وهامش ١ من صحيفة ٩٧٤ من الطبعة الاولى ـ اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٤٨

تحظر الاعتداد بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض [1]، الا أن محكمة النقض المصرية أصدرت حكما حديثا لم يعارض هذا المبدأ وانتهى الى أن الاعتداد بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض يعد من الظروف الملابسة التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع [2].

٢٣٦ - واذا كان هذا هو واقع الامر بالنسبة لمسلك القضاء، فهل يعد هذا المسلك - أى الاعتداد بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض - مخالفا للاصول القانونية التى تحكم فكرة التعويض فى التقنين المصرى ؟

---

(١) نقض جنائى فى ٢٠ ديسمبر ١٩٤٨ من ان قاضى الموضوع لايجب ان يعتد فى تقدير التعويض بمدى جسامة الخطأ المنسوب الى المسئول او ثروته، ولكن فقط بمدى الضرر الذى لحق بالمضرور (الجدول العشرى الخامس، القسم الجنائى رقم ٥٧١ ص٩٨) - نقض مدنى فى ١ يونيه ١٩٦١ من أنه من المآخذ التى يمكن أن تعيب الحكم، الاخذ بدرجات مختلفة للخطأ من اليسير الى الجسيم وهو ما لاتعرفه المادة ١٦٣ مدنى التى تقرر أن كل من ارتكب خطأ نشأ عنه ضرر للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض وهى لا تفرق بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٢ ق٧٧ ص٥١٠)

(٢) نقض مدنى فى ٣٠ ابريل ١٩٦٤، وكان من بين أسباب الطعن بالنقض ان الحكم المطعون فيه قضى للطاعنين بتعويض عن الضرر الادبى عن مقتل مورثهم ولم يراع فى تقديره جسامة الخطأ باعتبارها من الظروف الملابسة المنصوص عليها فى المادة ١٧٠ مدنى، وردت محكمة النقض - دون أن تعارض هذا المبدأ، ولو كان مخالفا للقانون لنبذته - ان هذا السبب غير مقبول أمامها لان مراعاة الظروف الملابسة فى تقدير التعويض امر يدخل فى سلطة قاضى الموضوع بلا معقب عليه فى ذلك (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٥ ق ٩٩ ص٦٣١)

ان الرجوع الى أفكار واضعى التقنين المدنى المصرى تؤكد أن الاعتداد بمدى جسامة الخطأ فى تقدير التعويض هو مبدأ قانوني ، وهو ليس مقبولا فحسب من جانب المشرع المصرى ، بل يتعين أيضا الاخذ به[1] .

فالمادة ١٧٠ مدنى تقضى بأنه «يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق بالمضرور طبقا لاحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ ، مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ...» وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للقانون بصدد هذه المادة[2] «... فالتعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار وينبغى أن يعتد فى هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف. والواقع أن جسامة الخطأ لايمكن الاغضاء عنها فى منطق المذهب الشخصى أو الذاتى ولذلك تجرى التقنينات الحديثة على اقرار هذا المبدأ وتطبيقه فى أعم الاشياء ...» .

كما جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن مشروع التقنين المدنى[3] ، ثم أنه (أى المشروع) رسم فى نصوص مفصلة حدود التعويض عن الضرر المادى والادبى وقد ردها الى فكرتين : أولاهما فكرة النتائج الطبيعية للعمل الضار ، وقد استعاض بها عن فكرة النتائج المباشرة

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١ فقرة ٦٤٨ وهامش ١ - اسماعيل غانم ، احكام الالتزام ١٩٦٧ ، فقرة ٤٧ ص١١٥ ، ١١٦ - سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٤٠٩ ص٣٧٤ - حسين عامر : المسئولية المدنية ١٩٥٦ ، فقرة ٥٦١ ، ٥٦٢ ص ٥٤٣ ، ٥٤٤ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ - ٣٩٣

(٣) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن مشروع القانون المدنى ، المطبعة الاميرية ١٩٤٨ ص ٣٨

التى كانت متبعة من قبل . والثانية فكرة الارتباط الواجب بين مدى الضرر وجسامة الخطأ ...» . وقد كانت المادة ١٧٠ تنص فى المشروع النهائى للتقنين (م ١٧٤) على أنه «يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لاحكام المادتين (٢٩٩، ٣٠٠) مراعيا فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ ...» ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «مراعيا فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ» بلفظ الظروف الملابسة على اعتبار أن جسامة الخطأ تدخل فى عموم الظروف[1] .

وهذا الذى تضمنته الاعمال التحضيرية والمذكرة الايضاحية للتقنين المدنى المصرى واضح الدلالة بذاته على أن مبدأ الاعتداد بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض هو مبدأ قانونى ، يقره المشرع ويعترف به . وفى ذلك مايجنب القضاء ، الذى تواتر على ذلك من الناحية العملية ، الانتقادات التى أثارها الفقه الفرنسى ، ذلك أن واضعى التقنين الفرنسى اتجهت ارادتهم بوضوح ، على عكس الحال فى مصر ، الى عدم الاعتداد بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض[2] .

---

(١) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن مشروع القانون المدنى ، المطبعة الاميرية ١٩٤٨ ص١٢

(٢) ورد فى المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى الفرنسى ... هذا النص (١٣٨٢ ، ١٣٨٣) يتضمن فى اطاره جميع انواع الضرر ويخضعها لتعويض موحد مقياسه مدى الضرر الواقع . فمن القتل الى الجرح التافه ، ومن حريق مبنى الى اتلاف منقول تافه ، كل ذلك يخضع لنفس القاعدة ؛ كل ذلك يخضع لتقدير موحد يعوض الفرد عن اى اضرار لحقته ... واذا كان هناك خطأ او اعمال ، أيا كان تأثيرهما تافها على الضرر الواقع ، فانه يجب التعويض» (لوكريه ج١٣ ص٥٧ ، ٥٨ فقرة ١٩) .

٢٣٧ - واذا كان القاضي يلتزم بمراعاة جسامة الخطأ فى تقدير التعويض : فما هى وسيلة الرقابة عليه فى هذا الالتزام من محكمة النقض، خاصة وأن التعويض يتعلق بسلطة قاضى الموضوع ؟ نعتقد أن الوسيلة الى ذلك هى التزام قاضى الموضوع بالاشارة فى أسباب حكمه بعد أن يبين الضرر الذى لحق بالمضرور ووقوع الخطأ الذى سبب الضرر : أنه قد أخذ فى اعتباره عند تقدير التعويض مدى جسامة الخطأ . وبذلك تدخل جسامة الخطأ فى ذلك الالتزام الذى يقع على القاضى بذكر عناصر التعويض فى حكمه[1] ، أما مدى التشدد فى التعويض حسب جسامة الخطأ ، فانه يظل مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض[2] .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ اكتوبر ١٩٦٥ من ان محكمة الموضوع تستقل بتقدير التعويض مالم ينص القانون على وجوب اتباع معايير معينة فى هذا الخصوص متى بينت عناصر التعويض (مجموعة أحكام النقض المدنى السنة ١٦ ق ١٤٨ ص ٩٣٩) وفى نفس المعنى نقض مدنى فى ٨ نوفمبر ١٩٦٦ (مجموعة أحكام النقض المدنى السنة ١٧ ص ١٦٢٩) ونقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ (مجموعة احكام النقض المدنى س١٨ ق٢٩٣ ص١٩٤٣) ونقض مدنى فى ٢١ مايو ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض المدنى السنة ١٩ ق ١٤٤ ص٩٦٧)

(٢) نقض مدنى فى ٣٠ ابريل ١٩٦٤ وكان من بين اسباب الطعن بالنقض ان الحكم المطعون فيه قضى للطاعنين بتعويض عن الضرر الادبى الناتج عن مقتل مورثهم ولم يراعى فى تقديره جسامة الخطأ باعتباره من الظروف الملابسة المنصوص عليها فى المادة ١٧٠ مدنى وردت محكمة النقض - دون ان تعارض هذا المدلول هذا النعى غير مقبول أمامها لان مراعاة الظروف الملابسة فى تقدير التعويض امر يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٥ ق ٩٩ ص٦٢١)

٢٣٨ - ولكن هل تعد جسامة الخطأ عنصرا من عناصر التعويض يقبل التقييم ، شأنها شأن بقية العناصر الاخرى كالخسارة الواقعة والكسب الفائت ، أم أنها مجرد عامل للتشديد أو التخفيف من تقدير التعويض بكل عناصره ؟

الواقع أن جسامة الخطأ لاتقبل التقييم المادى ابتقلالا عن العناصر الاخرى للتعويض ولكن وسيلة القضاء لاعمال وظيفة الردع بمناسبة الخطأ الموصوف هى التعويض الكامل فذلك هو مناط مشروعية الردع ، اذ أن تقييم جسامة الخطأ وحدها قد تؤدى الى تجاوز التعويض لمدى الضرر ، كما أنه مما يتنافى مع القاعدة الاخلاقية أن يتقاضى المضرور من المسئول ثمن جسامة الخطأ استقلالا عن الضرر[1].

هذا وان كان تقدير التعويض ينبع من مطلق تقدير القاضى فيما يتعلق بتقييم العناصر التى توصل اليها ، فان ثمة حالات يكون الضرر فيها محددا بصورة قاطعة ورقم معين ، كاتلاف بضائع مسعرة ولها نسبة ربح محددة قانونا ، وهو ما قد يوحى بالقول بانعدام النطاق الذى يمكن التفرقة فيه بين درجات الخطأ . ولكن السلطة التقديرية المطلقة لقاضى الموضوع التى تمكنه من التخفيف فى رقم التعويض فى حالة الخطأ اليسير هى التى تمكنه من القضاء بالتعويض الكامل فى حالة الخطأ العمد أو الجسيم ، وهو مايبدو أن محكمة النقض قد اعتنقته باحجامها عن نقض الحكم ولو ثبت بطريقة قاطعة أن التعويض كان يقل عن الضرر الواجب طبقا لاحكام القانون[2].

---

(١) فى هذا المعنى ريبير : النظام الديمقراطى فقرة ١٦٨ ص ٣٠٥

(٢) نقض مدنى فى ١١ نوفمبر ١٩٦٥ « اذا كان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه وهو بسبيل تقدير مايستحقه المطعون عليه من

=

ولكن هل تعد ثروة المسئول أو المضرور وسيلة لاعمال الردع ؟ بمعنى أنه هل يجوز للقاضى أن يتشدد فى التعويض بسبب جسامة الخطأ بالمفارقة بين المسئول واسع الثراء والمسئول محدود الثراء حتى يكون التعويض رادعا حقا ومؤثرا فى المسئول •

الواقع أن الاعتداد بمدى ثروة المسئول كوسيلة لاعمال الردع من شأنه زيادة رقم التعويض بزيادة ثروة المسئول ، وهو ما يؤدى الى الابتعاد عن مدى الضرر وتجاوز التعويض الكامل وهو ما لايقره المشرع •

٢٣٩ ــ وفى الحالات التى يكون فيها خطأ المسئول مفترضا كمسئولية حارس الاشياء أو الحيوان ، وفى أحوال المسئولية الموضوعية القائمة على الضرر ، فان الاساس الذى يستند اليه القاضى فى التشدد فى التعويض ، يكون مرجعه الى المسلك الشخصى للمسئول ومدى ماصدر عنه من انحراف أو عمد أو رعونة طائشة صاحبت وقوع الفعل الضار وكانت مقرونة بتوقع الضرر أو تعمده • فاذا أفلت الحيوان من حارسه وسبب ضررا للغير وكان

=

تعويض انه اتبع المعايير التى تتطلبها المسئولية العقدية وكان تقدير التعويض على هذا الاساس اخف منه على أساس المسئولية التقصيرية ، ذلك انه طبقا لنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى يقتصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن اى ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع وكان الطاعن لم يبين وجه تضرره من خطأ الحكم فى تقدير التعويض الذى الزمه به على اساس المسئولية العقدية دون التقصيرية فان هــذا النعى بفرض صحته يكون غير منتج اذ لايتحقق به للطاعن الا مصلحة نظرية بحتة لاتصلح اساسا للطعن (مجمــوعة احكام النقض المدنى السنة ١٦ ص١٠٠٩)

ث ناشئـا عن تحريض من الحارس أو عـدم احتيـاط ملحوظ أو كان الحارس قد وضع الحيوان فى مكان أو بطريقة يغلب معها توقع الضرر، فان ذلك يعد عاملا لتشديد المسئولية على ألا يعنى بحث مسلك المسئـول أو الحارس هنا اثبات قيام المسئوليـة فهى تقوم على الخطأ المفترض ، وانما البحث هنا يقصد منه التعرف على مدى جسامة الخطأ اذا الخطـأ المفترض لايعنى بالضرورة أنه خطأ عمد أو جسيم •وكذلك الشأن بالنسبة لحارس الآلة الميكانيكيـة فان وقوع الضرر من الآلة ان كان يفترض الخطـأ فانه لايفترض جسامته ، ولذلك يجب البحث عـا اذا كان قد صاحب وقوع الضرر عدم احتياط أو اهمال جسيم من الحارس كالعلم بالعيب الذى يشوب الآلة أو تشغيلها بطريقة خطرة مع ما يصاحب ذلك من تعمد أو توقع حدوث ضرر للغير •

٢٤٠ — وقد يتعدد المسئولون عن العمل غير المشروع ، بأن ينسب الى كل منهم خطـأ ساهم فى احداث ذات الضرر ، وعنـدئذ فهم جميعـا متضامنون فى المسئولية • وفى ذلك تقول المـادة ١٦٩ مدنى « اذا تعـدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضـامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتسـاوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم» •

هناك اذن رخصة للقاضى لتقسيم التعويض بين المسئـولين بغير تساو فيما بينهم • وبديهى أن أساس هذا التقسيم فى هذه الحالة لن يكون سوى مدى جسامة الخطأ ، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء فى مصر [1] ، وهو

---

(١) السنهورى : الوسيط : جـ١ الطبعة الثانيةص١٠١٢ والاحكام العديدة المشار اليها فى هامش ٢ من هذه الصحيفة — أنور سلطان • مصادر الالتزام ١٩٠ فقرة ٢٨٢ — سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٢١٢ —
=

أيضا ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا [1].

ومبدأ توزيع المسئولية حسب جسامة الخطأ ، يجب ـ على ما نعتقد ـ أن يكون وجوبيا متى استطاع القاضى أن يحدد مدى جسامة الخطأ لكل من الفاعلين ، فلا يقبل أن تكون المسئولية بالتساوى فيما بينهم فى الوقت الذى يكون فيه خطأ أحدهم عمدا بينما خطأ الآخر يسيرا ، فهذه الرخصة التى منحها القانون للقاضى للتفرقة بين المسئولين فى تحملهم بالتعويض ، لايقبل تجاهلها مع تفاوت درجة الخطأ من مسئول الى آخر ، لأن فى ذلك اهدارا للحكمة من تشريع هذه الرخصة. ونعتقد أن ماذكرته المادة ١٦٩ مدنى

=

وانظر ايضا حكم محكمة بنها الابتدائية فى ٢٨ فبراير ١٩٥٩ من أن الاصل أن تكون القسمة بالتساوى على عدد الرؤوس الا اذا حدد القاضى جسامة كل من الخطأين فيجوز له أن يجعل القسمة بحسب جسامة الخطأ (محاماة العدد السابع السنة ٣٩ ص٨٩٦) وانظر ايضا نقض مدنى فى ٢ ابريل ١٩٦٨ من أن المسئولية التضامنية عن العمل الضار تتقسم على المسئولين عن احداث الضرر الى حصص متساوية بين الجميع أو بنسبة خطأ كل منهم (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٩ ق١٠٢ ص٧١٩) وانظر عكس ذلك : ادوارد غالى : تضامن المسئولين عن العمل الضار فى التزامهم بالتعويض ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، س٩ العدد ٤ ص٥٨ .

(١) مازووتنك : المرجع السابق ج٢ فقرة ١٤٤٣ ؛ ١٥١١ ؛ ١٩٧٣ ، وان كانوا يعارضون ذلك رغم اعترافهم باجماع الفقه (انظر ج٣ فقرة ٢٢٦٥ هامش ٥ حيث يرى الاستاذان مازو تقسيم التعويض بالتساوى بينما يرى أندريه تونك التوزيع حسب مدى مساهمة الخطأ فى احداث الضرر ، وهو ما ننتهى الى الاعتداد بجسامة الخطأ) ـ سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص١٠٦ ـ ديجان دى لاباتى : المرجع السابق فقرة ١٢٩ .

من أن المسئولية تكون بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل من المسئولين، قد قصد منه أن التساوى فى المسئولية لايكون الا عند تعذر تحديد درجة خطأ كل من المسئولين [1].

٢٤١ - واذا ساهم المضرور بخطئه فى احداث الضرر ، فان ذلك يوجب تخفيف المسئولية برفع جزء من التعويض عن كاهل المسئول ، وقد يعفى من التعويض تماما ، وذلك حسب مدى جسامة الخطأ المنسوب الى المضرور. وفى ذلك تقول المادة ٢١٦ مدنى «يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى احداث الضرر أو زاد فيه »

ويفرق الفقه فى هذا الصدد بين فرضين : الاول استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر ويتحقق ذلك فى حالتين : الاولى اذا كان أحد الخطأين يفوق الخطأ الآخر كثيرا فى الجسامة ، والحالة الثانية اذا كان أحد الخطأين هو نتيجة للخطأ الآخر . والفرض الثانى هو الخطأ المشترك بين المسئول والمضرور [2].

والذى يؤكده نص المادة ٢١٦ أيضا أن جسامة الخطأ الصادر من

---

(١) وهذا ما توحى به احكام القضاء المصرى من انه يجب الاخذ فى الاعتبار بمدى جسامة الخطأ بصفة وجوبية متى أمكن التمييز بين درجات الخطأ (أنظر الاحكام العديدة المشار اليها فى الوسيط ؛ جا - ص١٠١٣ - ١٠١٥ من الطبعة الثانية) .

(٢) السنهورى : الوسيط ، جا فقرة ٥٩٢ وما بعدها - أنور سلطان : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٤٤٨ ومابعدها - حسين عامر : المسئولية المدنية ١٩٥٦ ؛ فقرة ٣٦٥ وما بعدها .

المسئول تكون محل اعتبار فى تحديد نصيبه فى التعويض ، فكلما زادت جسامة الخطأ المنسوب اليه كلما أفلتت منه فرص الافادة عن خطأ المضرور، اذ يكون من شأن خطئه استغراق خطأ المضرور[1] ، وتوزيع المسئولية بين المسئول والمضرور حسب جسامة خطأ كل منهما وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء المصرى[2] ، والفرنسى[3] .

المطلب الثالث

اثر جسامة الخطأ فى تعويض الضرر الادبى

٢٤٢ ـ تعويض الضرر الادبى ٢٤٣ ـ تعويض الضرر الادبى والعقوبة الخاصة ٢٤٤ ـ نفى الفقه للصفة الاصلاحية عن تعويض الضرر الادبى ٢٤٥ ـ الصفة الرادعة البحتة لتعويض الضرر الادبى ٢٤٦ ـ نقد هذا الرأى ٢٤٧ ـ الوظيفة الاصلاحية لتعويض الضرر الادبى ٢٤٨ ـ الوظيفة الرادعة لتعويض الضرر الادبى .

٢٤٢ ـ قد يتمثل الضرر فى مصلحة غير مالية ، كالاضرار الجسمانية أو العاطفية أو المتعلقة بالشرف والاعتبار . وهو مايشار اليه بالضرر الادبى. وقد يختلط هذا الضرر بضرر مادى ، كنقص القدرة على الكسب نتيجة

---

(١) ويفسر الدكتور اسماعيل غانم فكرة استغراق خطأ لآخر بانعدام السببية للخطأ المستغرق (أحكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٣٩ هامش ١ ص٨٢)

(٢) السنهورى : الوسيط جـ١ ص١٠١٢ الطبعة ثانيه، والاحكام المشار اليها فى هامش ١ من هذه الصحيفة ـ سليمان مرقس مصادر الالتزام فقرة ٤١٢ اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٣٩ ص٦٥ ـ انور سلطان، مصادر الالتزام فقرة ٤٤٨ ومابعدها ـ حسين عامر المسئولية المدنيه ١٩٥٦ فقرة ٣٦٥ ومابعدها ـ حسن عكوش المسئولية العقديه والتقصيرية ١٩٧٠ فقرة ٦٣ ص ١٣٦

(٣) مازووتنك المسئوليه المدنيه جـ٢ فقرة ١٤٤٣ . ١٥١١ . ١٩٧٣

للعاهة الجسمانية أو اخلال المصالح الاقتصادية للتاجر نتيجة للتشهير بسمعته بين عملائه .

والاضرار المادية الناتجة عن الضرر الادبي أو المختلطة به ، تقبل التقييم ولاتثير صعوبة بذاتها . ولكن الضرر الادبي كعنصر من عناصر التعويض ، وخاصة اذا كان ضررا أدبيا خالصا - رغم اتفاق الفقه على قابليته للتعويض - كان مثار جدل كبير حول طبيعته .

فقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على تعويض الضرر الادبي[1] ، كما استقر الفقه والقضاء في مصر على ذلك قبل صدور التقنين المدني الجديد[2] ، الذي أكد وجوب التعويض عن الضرر الادبي في المادة ٢٢٢ . فهناك اذن واجب قانوني على القضاء بالحكم بتعويض حقيقي عن الضرر الادبي دون الاكتفاء بتعويض رمزي أو مجرد مبدأ التعويض[3] .

---

(١) مازووتنك : المرجع السابق ج ١ فقرة ٣١١ وما بعدها - سافاتييه ، المسئولية المدنية ج ٢ فقرة ٥٢٥ - وقد استقر القضاء الفرنسي على تعويض الضرر الادبي ، رغم خلو القانون الفرنسي من النص على ذلك ، بعد صدور حكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٨٦٣ (نقض جنائي في ٢٠ فبراير ١٨٦٣ ، سيري ١٨٦٣ -١- ٣٢١) ، أما مجلس الدولة الفرنسي فانه لم يبدأ في الاخذ بتعويض الضرر الادبي الا ابتداء من عام ١٩٦١ (مجلس الدولة في ٢٤ نوفمبر ١٩٦١ . داللوز ١٩٦٢ ص ٣٤ ، سيري ١٩٦٢ ص ٨٢) (انظر رسالة محمد ناجي ياقوت . الاعتداء على الشعور العاطفي في المسئولية المدنية في القانون الفرنسي وفي القانون المصري ، اكس ١٩٦٨ ص ٥ - ١٤) .

(٢) السنهوري : الوسيط . ج ١ فقرة ٥٧٨ . والمراجع والاحكام المشار اليها في هامش ٣ . ٤ ص ٦٧٨ (طبعة أولى) .

(٣) نقض جنائي في ٧ نوفمبر ١٩٦١ ، مجموعة أحكام النقض الجنائي ، السنة ١٢ رقم ٣ ص ٨٩٩ .

٢٤٣ ـ على أنه بالنسبه لطبيعة التعويض عن الضرر الادبى ، فقد اتجهت غالبية الفقه الفرنسى الى فكرة العقوبة الخاصة بدلا من فكرة التعويض [1] .فحرية القاضى الطليقة من أى معايير فى تقدير هذا النوع من التعويض بدت غريبة على ذلك المبدأ الذى يؤمن به الفقه من أن التعويض لايكون الا بقدر الضرر . وهو مادعى الى الاستعانة بفكرة العقوبة الخاصة، بالتصوير الذى عرفه الفقه عنها من أنها جزاء مالى لايرتبط بمدى الضرر ، لتبرير هذا النوع من التعويض .

وفى سبيل نسبة تعويض الضرر الادبى الى فكرة العقوبة الخاصة بدلا من فكرة التعويض . بدأ الفقه بنفى صفة التعويض لينتهى الى صفة العقاب.

---

(١) ايجنى المرجع السابق ص٢٦٩ ومابعدها ـ سوردا المسئولية المدنية،جـ١ فقرة ٣٣ ص٢٥ ـ ديموج . الالتزامات جـ١ فقرة ٣٠٦ ـ ستارك المرجع السابق ص٤٠٨ و٤٠٩ ـ ريبير ، القاعدة الاخلاقيه . فقره ١٨١ وما بعدها ـ بلانيول وريبير وبولانجييه جـ٢ فقره ١١٥٢ ـ سافاتييه المسئوليه المدنية ، جـ٢ الطبعة الثانية ، فقرة ٥٢٧ و٥٢٨ ـ بلانيول وريبير واسمان جـ٦ فقرة ٥٤٦ ـ مارتى ورينو جـ٢ فقرة ٣٨٢ و ٥٣٩ ـ سافاتييه القواعد العامة للمسئولية المدنيه، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٣٤ ص٤٥٨ وما بعدها فقره ٧٢ ـ بون اسمان تجاريه الضرر الادبى ، داللوز ١٩٥٤ ص ١١٢ ومابعدها ـ رسبه روديبه ، الجزء التاسع مكرر من مؤلف بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٦٠٨ ـ ريبير ثمن الالم . داللوز ١٩٤٨ ص١ وما بعدها ـ سافاتييه الضرر القانونى والمسئوليه المدنيه المجله الفصليه للقانون المدنى ١٩٣٨ ص ٢١ ـ وعكس ذلك لسيس ريبير المرجع السابق فقرة ٦٠ ـ مازوو تنك المرجع السابق جـ١ فقرة ٣١٤

٢٤٤ — ففيما يتعلق بنفي الوظيفة الاصلاحية أو التعويضية عن تعويض الضرر الادبي استند الفقه في ذلك الى أن الضرر الادبي ضرر مفترض لا يقبل التقييم ولا يقبل الاصلاح وتتنافى فكرة التعويض عنه مع الاخلاق .

ففي حالة التعويض الناتج عن وفاة انسان كالاب أو الابن أو الزوج ، فان القضاء يفترض وجود ضرر عاطفي نتج عن الوفاة[1] ، دون أن يكلف المدعي باثبات هذا الضرر[2] . فالقضاء يقر تعويض الضرر الادبي حتى في حالة وجود خلاف عائلي أو انفصال بين الزوجين بل ويقره أيضا رغم وصمة العار[3] . فمسلك القضاء يشير الى أن تخلف الضرر العاطفي بالمعنى الضيق،

---

(١) ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص ٢

(٢) وهذا ما ذهب اليه أيضا القضاء المصري ، فقد قضت محكمة النقض المصرية في ٢٢ مارس ١٩٦٦ ، ردا على سبب الطعن المبني على أن المريضة كانت في دور الاحتضار وكانت الوفاة واقعة لامحالة ، ولذلك فان نقلها من مستشفى الى آخر ولو بخطأ الطبيب ، لم يضف الى المطعون عليه وأولاده ضررا جديدا — ردت المحكمة بأن الضرر الادبي الذي حاق بالزوج والاقارب هو ضرر شخصي مباشر اجاز المشرع التعويض عنه بنص المادة ٢٢٢ مدني (مجموعة احكام النقض المدني السنة ١٧ ص٦٣٦) ؛ وانظر أيضا في نفس المعنى نقض جنائي في ٧ نوفمبر ١٩٦١ (مجموعة احكام النقض الجنائي س١٢ ق١٨٠ ص٨٦٩)

(٣) ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص١ — سافاتييه : الضرر القاتل والمسئولية المدنية . المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٨ ص٢٠٧ — وانظر أيضا نقض جنائي في ١٥ مارس ١٩٥٦ من أنه يجوز الحكم للزوج بتعويض عن مقتل زوجته الزانية (مجموعة احكام النقض الجنائي س٧ ق١٠٧ ص ٣٦١) .

لايمنع من القول بوجـود اعتداء على حق غير مالى حال ومؤكـد ؛ وهذا التعدى هو سبب مشروعية التعويض [١].

أما عن عـدم قابلية الضرر الادبى للتقييم : فانه اذا كان الضرر المادى يقبل التقييم بعدة مقاييس فانه ليس من مقياس يصلح للقول بأن التعويض المحكوم به يوازى الضرر الادبى [٢]. اذ هو اعتداء على الشخص كانسان وليس على ذمته [٣]. واذا بحثنـا عن الموازنة بين التعويض والضرر الادبى فاننا سنجد دائما فرقا فى التوازن [٤]. فسواء نتج الضرر عن فقد ابن عزيز أو فقد عضو من الجسم أو تشهير أو اعتداء على المعتقدات الدينية فليس فى كل ذلك ما يقبـل التقييم المالى حتى يكون المبلغ المحـكوم به تعويضـا بمعنى الكلمة [٥].

أما عن عدم قابلية الضرر الادبى للاصلاح ، فان أى مبلغ من النقـود لا يكفى لجبر الضرر النـاتج عن فقد الاب أو الأم أو فقـد ابن عزيز ، فالضرر قد وقع ولاسبيـل الى اصلاحه ، وزيادة الذمـة المالية للمضرور

---

(١) سافاتييه : الضرر القاتل والمسئولية المدنية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٨ ص٢٠٧

(٢) سافاتييه : المسئولية المدنية : الطبعة الاولى ١٩٣٩ ، فقرة ٦٢٧ — سافاتييه : الضرر والانسان ، داللوز ١٩٥٥ ص١٠ — بودرى وبارد ، الالتزامات ج ٤ فقرة ٢٨٧١

(٣) سافاتييه : المسئولية المدنية . الطبعة الثانية ؛ ج ٢ فقرة ٥٢٥

(٤) سافاتييه : شخصية وعدم شخصية المسئولية : دراسات لابورد لاكوست ١٩٦٣ ص٣٢١ — ريبير : ثمن الالم : داللوز ١٩٤٨ ص٢

(٥) سافاتييه : شخصية وعدم شخصية المسئولية المدنية ، مجموعة دراسات لابورد لاكوست ٦٣ [illegible]

بمقدار التعويض لن تقلل من الخسارة التى لحقت بذمته الادبية[1] . ولذا كان الضرر ناتجا عن اعتداء على الكرامة فان مثل هذا التعويض يكون مجرد وهم ؛ فهو أشبه بذلك الشخص الذى يصاب رداء كرامته بالتمزق ، فنمنحه بضع ورقات من النقد يرتق بها هذا الخرق ، فيتوهم أنه يلبس رداء خاليا من أى خرق[1] .

ويضيف الفقه أن اضفاء صفة التعويض على تعويض الضرر الادبى يتنافر مع قواعد الاخلاق . أنه لما يتنافى مع الاخلاق القول بأن ذلك الذى لحقه اعتداء على شعوره يتعزى بما ناله من تعويض[2] ، وأنه لأمر منفر أن يثرى شخص من ضرره الادبى . كما أنه لأمر غير اخلاقى أن يفيد الوارث ماديا من الالم الذى أصاب المورث ، وهذا ما يبدو جليا اذا ما أثرى الوارث من الاهانة التى لحقت بمورثه قبل موته[4] ، كما أنه ليس فى قواعد الاخلاق ما يسمح بأن يتقاضى الاب مقابلا لحزنه عن وفاة ابنه أو الزوج عن الاهانة التى لحقته[5] . وليس معنى ذلك أن هذا الفقه يرفض مبدأ التعويض عن الضرر الادبى ، بل هو يرى فيه الوسيلة الوحيدة التى تحول دون افلات المسئول بخطئه بحجة عدم ملائمة فكرة التعويض[6] ، ولكن الذى يعنيه

---

(١) مازووتنك : المرجع السابق ، جا فقرة ٣١٠ .

(٢) ايجنى : المرجع السابق ص٢٧١

(٣) ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٨١ ص٣٤٧

(٤) سافاتييه : الضرر والانسان ، داللوز ١٩٥٥ ص ١٠

(٥) مازووتنك : المسئولية المدنية جا فقرة ٣١٠ .

(٦) سافاتييه : شخصية وعدم شخصية المسئولية المدنية ، مجموعة دراسات لابوردلاكوست ص٣٢١ ومابعدها - ريبير : القاعدة الاخلاقية فقرة ١٨١ ص٣٤٨ - سافاتييه : الضرر والانسان ، داللوز ١٩٥٥ ص ١٠ - وفى نفس المعنى مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٣١٤

هذا الفقه هي نفي الوظيفة التعويضية (fonction reparatrice) عن هــذا التعويض واضفاء الصفة الارضائية عليه (satisfactoire) أي ارضاء المضرور وليس جبر الضرر لديه [١].

٢٤٥ ـ ومتى تم لهذا الفقه نفي الصفة التعويضية أو الاصلاحية عن تعويض الضرر الادبي ، فقد أصبح أمرا يسيرا نسبته الى فكـرة العقوبة الخاصة ، تلك الفكرة التي تمثلت عادة في مبلغ متجاوز يخصص ، لا لجبر الضرر ، ولكن لانتقام المضرور من المسئول .

وتبدو صفة العقوبة الخاصة للتعويض عن الضرر الادبي ، في نظر هذا الرأي ، في أن القاضي اذ يستعصي عليه أن يتخلل نفسية المضرور لمعرفة مدى الالم الذي يعانيه في وجدانه وشعوره من جراء خطـأ المسئول ، فانه من البديهي أنه لن يكون أمامه من مفر الا قياس شعوره هو نفسه تجاه هــذا الخطأ ، وتقدير التعويض على أساس مدى مايشعر به من نفور تجاه المسئول ومدى جسامة الخطأ المنسوب اليه [٢] . فليس أسهل على القاضي من تقـدير مدى جسامة الخطأ في مثل هــذا النوع من التعويض بدلا من البحث عبثا

---

(١) ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص١ . وفي نفس المعنى مازووتنـك : المسئولية المدنية جا فقرة ٣١٢ ـ محمد ناجي ياقوت : الرسالة المشار اليها ص ٤٠٨ ـ ٤١١ ـ وانظر ايضا حسام كامل الاهواني : الاضرار الناتجة عن الحوادث الجسمانية ، رسالة من باريس١٩٦٨ ص١٨٢ ـ وانظر ايضا رسالة ديبيشو عن الاضرار العاطفية الناتجة عن الاعتـداء على الحياة أو الجسم ، باريس ١٩٦٧ القسم الاول .

(٢) ايجنى : المرجع السابق ص ٢٧٢

عن مدى الضرر[١] .

ومن ناحية أخرى فانه من غير المقبول القول بأن المضرور يطلب تعويضا بمعنى الكلمة عما ناله من ضرر أدبى ، ذلك أن أى مبلغ مهما كان لن يمحو الشعور بالمرارة أو المعاناة النفسية ، ولكن الحقيقة أن المضرور لا يطلب تعويضا بل يطلب عقابا[٢] .حقا أن المضرور لن يبدى أمام القضاء رغبته فى الانتقام حتى لا يبطل دعواه ، والقاضى لن يصرح فى حكمه بأنه يعاقب المسئول ، ولكن العقوبة الخاصة ستختفى حتما فى هذا التعويض الذى لا يقاس من وجهة نظر المضرور والقاضى الا بمدى جسامة الخطأ[٣] .

فالقضاء اذن قد اضطر الى الاستعانة بفكرة العقوبة الخاصة لانها الوسيلة الوحيدة لعقاب المسئول عن الاضرار الادبية التى أحدثها بخطئه ، بعد أن تخلفت فكرة جبر الضرر[٤] .

ويرى هذا الفقه أن فكرة العقوبة الخاصة هى التى أملت قواعد التعويض عن الضرر الادبى[٥] .فدعوى التعويض عن الضرر الادبى لا يصرح

---

(١) محمدناجى ياقوت : المرجع السابق ص٤٠٩ - حسام الاهوانى : المرجع السابق ص١٨٢

(٢) سافاتييه : شخصية وعدم شخصية المسئولية ، دراسات لابورد لاكوست ١٩٦٣ ص٣٢١ - ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص٢

(٣) ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص١

(٤) ريبير : القاعدة الاخلاقية ، فقرة ١٨١ ص٣٤٨ - سافاتييه : الضرر والانسان ، داللوز ١٩٥٥ ص١٠ - وانظر أيضا : ديبيشو : الرسالة المشار اليها ص٢٢ ومابعدها

(٥) ريبير : القاعدة الاخلاقية ، فقرة ١٨٢ ص٣٥٢ ومابعدها

للدائنين باستخدام حق مدينهم فيها . كما أنها كقاعدة تختفى بوفاة المورث. وحق المطالبة بتعويض عن الضرر الادبى ليس مقررا لكل من أصابه ضرر من الوفاة الناتجة عن الفعل غير المشروع ؛ ولكن هذا الحق قاصر على الافراد اللصيقين بالمورث من عائلته : وهو لايتقرر للصديق أو الخطيبة رغم أنهم قد يلحقهم ضرر بالغ يفوق ذلك الذى يلحق عائلة المتوفى. كما أنه يجوز للمضرور أن يجمع بين هذا التعويض ومبلغ التأمين على الحياة دون الاحتجاج عليه بأن الضرر سبق جبره . كما أن صفة العقوبة هذه هى التى تفسر احجام مجلس الدولة الفرنسى زمنا طويلا عن الزام الدولة بتعويض الضرر الادبى الجماعى الذى يلحق أبناء مهنة معينة ، فان القضاء الفرنسى يسمح بالتعويض للنقابة التى تدافع عن مصالحهم ولايسمح به للمجموعات من الافراد ، لأن النقابة تقتضى مبلغ العقوبة للدفاع عن مصالح أفرادها ، بعكس المجموعة من الافراد : فان مايربطها هو فكرة الضرر وليست فكرة طلب العقاب.

٢٤٦ — ولكن اضفاء صفة العقوبة الخاصة على تعويض الضرر الادبى لم يسلم من النقد من جانب شق آخر من الفقه .

ففكرة العقوبة لاتتفق مع الحالة التى يتحمل فيها بالتعويض شركة تأمين، اذا كان المسئول مؤمنا من المسئولية [1].

والعقوبة تفترض الخطأ ، ولكن من المسلم به أن التعويض عن الضرر الادبى يكون أيضا فى حالات المسئولية التى لاتستند الى الخطأ ، ففى هذه

---

(١) مازووتنك : المرجع السابق . حـ١ فقرة ٣١٤ — محمد ناجى ياقوت ، الرسالة المشار اليها ص٤٢٠ ومابعدها — حسام الاهوانى : المرجع السابق ص ١٨٨

الحالة لاتكون فكرة العقوبة مقبولة[1] .

وصعوبة تقدير الضرر الادبي وتعذر ازالة هذا الضرر بالنقود لاتصلح بذاتها سببا لوصف تعويض الضرر الادبى بصفة العقوبة الخاصة اذ مناط هذه العقوبة ليس مجرد عدم الارتباط بالضرر ، بل هدف العقاب أو الردع ، وهو ما لايتوافر فى كل الحالات وخاصة عند الحكم بتعويض معتدل عن الضرر الادبى .

وأخيرا فان الفقه ينكر صفة العقوبة الخاصة عن تعويض الضرر الادبى من واقع الانتقادات الموجهة الى فكرة العقوبة الخاصة ذاتها ، من حيث تنافرها مع الاخلاق لاستنادها الى فكرة الانتقام ، ولما يسمح به الارتباط بمدى جسامة الخطأ من مخاطر بخس التعويض أو المبالغة فيه ، فضلا عن السلطة التحكمية للقاضى فى انشاء عقوبة لامبرر لها مع وجود العقوبة العامة[2] .

٢٤٧ - وواقع الامر أن تعويض الضرر الادبى هو تعويض حقيقى يقوم بوظيفته الاصلاحية فى جبر الضرر فضلا عن الوظيفة الرادعة فى حالة الخطأ الموصوف .

فأما عن الوظيفة الاصلاحية لتعويض الضرر الادبى فان صعوبة التقييم المالى للضرر الادبى لاتمنع من الحكم بتعويض حقيقى ، ففى الكثير من حالات التعويض عن الضرر المادى قد يصعب التقييم كما فى حالة تقييم شىء

---

(١) ستارك : المرجع السابق ص٤٠٨ - بول اسمان : عقوبة أم تعويض مجموعة دراسات مهداة الى بول روبييه ١٩٦١ ، جـ٢ ص ٣٧

(٢) حسام الاهوانى : المرجع السابق ص١٨٦ - ١٨٩

فريد من نوعه أو نادر الوجود[١] .

والصعوبة التى تصادف القاضى فى تقدير التعويض عن الضرر الادبى ، يمكنه التغلب عليها بشىء من الملائمة التى يستوحيها فى كل حالة على حدة[٢] .

ولا يقبل القول بأن الضرر الادبى لايقبل الاصلاح وان فى هذا ماينفى عنه الصفة الاصلاحية ، فالتعويض لايشمل دائما اعادة الحال الى ما كانت عليه[٣] ، بل الغالب أننا نعطى المضرور امكانية الحصول على ارضاء يعادل ما فقده[٤] .

وفى الكثير من الاضرار المادية لا يصلح التعويض لاستبدال الشىء التالف أو استرداده كاتلاف لوحة فنية نادرة[٥] .وكذلك الشأن فى تعويض

---

(١) ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص١ - مازووتنك : المسئولية المدنية جـ١ فقرة ٣١٠ .

(٢) ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٦٦ ص٧٩ ومابعدها ، وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكما صادرا من محكمة انجرز فى ٢٣ سبتمبر ١٩٥٤ ، استنادا الى ان الاستحالة العملية لاصلاح الضرر الادبى لاتعفى القاضى من تقدير المدى الحقيقى للضرر بحرية مطلقة ، حتى يتوصل بقدر الامكان ، وليس بصورة رمزية الى التعويض الكامل (نقض جنائى فرنسى فى ١٥ مايو ١٩٥٧ ، داللوز ١٩٥٧ ص٥٣٠)

(٣) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ١ فقرة ٣١٢ - ليسيين ريبير : المرجع السابق فقرة ٦٦

(٤) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ١ فقرة ٣١٣

(٥) ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص١

الضرر الادبى فالخسارة لاتزول ولكن يقوم بجانبها كسب يعوض عنها[1].

فالمبلغ المحكوم به عن الضرر الادبى يأخذ الصفة الحقيقية للتعويض من واقع أنه يمكن المضرور من استبدال ما فقده بشىء آخر أو بانفاق النقود فى وجه آخر يحقق ارضاء نفسيا أو ماديا ، أو انفاقها فى غرض نبيل[2].

والصحيح أيضا أن الضرر الادبى فى العصر الحديث يختلط فى غالب الامر بضرر مادى يتمثل فى نقص القدرة على الكسب بسبب تأثر الاحوال العصبية والنفسية للانسان مما ينعكس بالتالى على طريقة سلوكه فى كل شئونه المادية الاخرى ، وهو ماعبر عنه مجلس الدولة الفرنسى بأنه « المتاعب التى تلحق بأحوال معيشة المضرور »[3]. فالضرر الادبى هو فى ذاته ضرر مادى لان الانسان كروح ومادة ، جزء لايتجزأ[4].

فتعويض الضرر الادبى لايخلو بحال من فكرة الاصلاح ، ولايخلو من تقييم للضرر وتقدير مقابل يسمح بجبر هذا الضرر بالطريقة التى يراها المضرور مناسبة .

٢٤٨ — وأما عن الوظيفة الرادعة لتعويض الضرر الادبى فى حالة الخطأ الموصوف فان هذه الوظيفة تجد مجالها الخصب والهام فى هذا النوع من التعويض ، حيث التأثر بمدى جسامة الخطأ هو الطابع المميز للتعويض عن

---

(١) السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٥٧٨

(٢) ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص١

(٣) مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٧ يوليو ١٩٥٢ ، داللوز ١٩٥٢ — ٢٢

(٤) سافاتييه : شخصية وعدم شخصية المسئولية ، دراسات مهداه الى لابورد لاكوست ١٩٦٠ ص٣٢١

الضرر الادبى[1] .

فالقاضى وهو بصدد تقدير التعويض عن الضرر الادبى ، خاصة وأن هذا التقدير لاتحكمه معايير مادية ، لايستطيع أن يفصل بين شعوره الشخصى وشعور المضرور تجاه المسئول ، وبذلك فان درجة جسامة الخطأ تلعب دورا هاما ، بل وأكثر أهمية من حالات التعويض القضائى الاخرى . فالقاضى يسترد فى هـذه الحالة حريته المطلقة فى التقدير التى يفتقدها فى تعويض الضرر المادى[2] .

واذا كانت شخصية التعويض من شأنها الانتقال بالتعويض العادل الى التعويض الرادع ، أى التعويض الكامل ، فقد حاول بعض الفقه نفى صفة التعويض الكامل عن تعويض الضرر الادبى ، فهذا التعويض لايكون كاملا

---

(١) مازووتنك : المرجع السابق ج٣ فقرة ٢٣٦٥ — سافاتييه : المسئولية المدنية ، الطبعة الثانية ، ج٢ فقرة ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٦١٠ — ديموج : الالتزامات ج٤ فقرة ٥١١ — ستارك : المرجع السابق ص٤٠٨ ، ٤٠٩ — ريبير : القاعدة الاخلاقيـة ، فقرة ١٨١ — بلانيول وريبير وبولانجييه : ج٢ فقرة ١١٥٣ — بلانيول وريبير واسمان : ج٦ فقرة ٦٨٣ — مارتى ورينو : ج٢ فقرة ٥٣٩ — لالو : المسئولية المدنية ، فقرة ١٥٢ — رينيه روديير : الجزء التاسع مكرر من مؤلف بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٣٩٠ — سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ، ص١٠٥ و ١٠٦ — ريبير ، ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص١ — ايجنى : المرجع السابق ص٢٦٩ ومابعدها — فينى : انهيار المسئولية الفردية ١٩٦٤ فقرة ٣٦٥ ص٢٠٩ — رابير : الرسالة المشار اليها فقرة ١١٦ .

(٢) سافاتييه : من القانون المدنى الى القانون العام ص١٠٥ و١٠٦ — سافاتييه : الضرر القاتل والمسئولية المدنية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٨ ص ١٣٩٠ — رينيه روديير : ج٩ مكرر من مطول بيدان ١٩٥٢ فقرة ١٦٠٨ .

أبدا بسبب طبيعته[١]. ولكن هذه العقبة تزول اذا وضعنا فى اعتبارنا أن التعويض الكامل ليس دائما رقما جامدا ومحددا ، بل التعويض الكامل يتمثل دائما فى منح المضرور امكانية الحصول على ارضاء يعادل مافقده[٢].

وتعويض الضرر الادبى ، بسبب طبيعته ، أكثر حساسية للوظيفة المزدوجة للتعويض وأكثر استجابة لها. فاذا كان من شأن الوظيفة الرادعة الانتقال بالتعويض العادل الى التعويض الكامل أو الرادع ، فانه بينما فى تعويض الضرر المادى قد يكون الفاصل بين التعويض العادل والتعويض الرادع غير ملحوظ بسبب تقيد القاضى بمدى الضرر كحد أقصى للتعويض الرادع ، فان تعويض الضرر الادبى على العكس من ذلك يشير بوضوح الى التفرقة الظاهرة والملحوظة بين عدالة التعويض وشخصية التعويض. ففى حالة الخطأ اليسير نجد أن القضاة يحكمون بتعويض معتدل تغلب فيه صفة جبر الضرر أو تمكين المضرور من الحصول على شىء من العزاء فيما يحصل عليه من تعويض معقول. أما فى حالة الخطأ العمد أو الجسيم فان القضاة عادة ماينطلقون فى تقدير التعويض عن الضرر الادبى بعدة أضعاف ، مما لا يجد تفسيره الا فى التأثر بمدى جسامة الخطأ الى أقصى درجة ممكنة[٣]. ومع

---

(١) سافاتييه : الضرر والانسان ، داللوز ١٩٥٥ ص١٠ – بودرى وبارد : جـ ٤ فقرة ٢٨٧١ – سافاتييه : المسئولية المدنية ، طبعة ثانية جـ٢ فقرة ٥٢٥ – ريبير : ثمن الالم ، داللوز ١٩٤٨ ص ١

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٣١٣

(٣) انظر على سبيل المثال نقض مدنى فى ٢٨ يونيه ١٩٦٩ والذى ايد الحكم محكمة استئناف اسكندرية فى قضائها للمدعين بتعويض عن الضرر الادبى قدره تسعة آلاف جنيه لوفاة مورثهم غرقا فى البحر فى مصيف العجمى وعدم وجود وسائل اسعاف كافية على الشاطىء من جانب محافظة الاسكندرية .

ذلك فانه حتى مع المبالغة فى تقـدير التعويض فى مثل هذه الحالة فانه من المتعذر القول بأن القاضى قد انفصل تماما عن الضرر الذى لحق بالمضرور أو تجاوز حدود التعويض الكامل، وذلك ازاء طبيعة الضرر الادبى وتخلف المقياس الدقيق لتحديد التعويض الكامل .

المطلب الرابع

اثر جسامة الخطأ فى نظام التهديد المالى

٢٤٩ ــ المرحلة المؤقتة ومرحلة التصفية ٢٥٠ ــ التهديد المالى فى القضـاء الفرنسى وفكرة العقوبة الخاصة ٢٥١ ــ التهديد المالى فى التشريع المصرى وفكرة العقوبة الخاصـة ٢٥٢ ــ تقييم نظام التهـديد المالى ٢٥٣ ــ اعمـال التهديد المالى فى ظل الوظيفة المزدوجة للتعويض .

٢٤٩ ــ أوضحنا فيما سبق [١]، أن نظام التهديد المالى يمر بمرحلتين، أولاهما تهديدية مؤقتة تتمثل فى الحكم على المدين بغرامة تهديدية ، وأن هذه

=

وحكم الاستئناف هذا يستوحى ، وان لم يصرح بذلك ، درجة جسامة الخطأ فى تقدير التعويض (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٩ ق ٢٢٠ ص١٤٤٨) وانظر ايضا نقض مدنى فى ١٦ نوفمبر ١٩٦٥ وقـد قضى الحكم الاستئنـافى للمدعية بتعويض قدره الف جنيه عن فقد احدى عينيها نتيجة القاء حجـر عليها من عامل مجهول من عمال السكة الحديد فى مطاردة بين بوليس هيئـة السكة الحديد وعماليا الممتنعين عن دفع أجرة القطارات ــ (مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٦ ق٦٨ ص١٠٨٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ٦٨

الغرامة ليست ردعا للمدين ولكنها مجرد انذار بالردع.أما المرحلة الثانية فهى مرحلة تصفية الغرامة التهديدية فىصورة تعويض نهائى تراعى فيه الوظيفة الرادعة.وفى ذلك تقضى المادة ٢١٤ مدنى «اذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » .

والتهديد المالى نظام ابتدعه القضاء الفرنسى فى محاولة منه للافلات من القواعد التقليدية الجامدة للتعويض التى تسوى فى المعاملة بين الخطأ اليسير وسوء النية.وقد بدأت محاولة القضاء فى هذا الصدد مقيدة بمجرد التلويح بالتعويض الرادع دون الحكم به حقيقة ، الى أن أعلن صراحة امكان الحكم بتعويض رادع ضد المدين سىء النية الذى لم تفلح الغرامة التهديدية فى دفعه الى التنفيذ العينى .

هذا التعويض الرادع يثير التساؤل حول مصير الغرامة التهديديةالمؤقتة، وما اذ كانت تختفى ليحل محلها تعويض متشدد ، أم تجرى تصفيتها لتضاف الى التعويض الكامل ؟ ان الرجوع الى تطور الفكرة فى القضاء الفرنسى يساعد على معرفة كيفية اعمال نص المادة ٢١٤ من التقنين المدنى المصرى. وهل يتفق هذا الحل الذى اضطر اليه القضاء والتشريع فى ظل مذهب الوظيفة المنفردة للتعويض . مع الاتجاه الحديث نحو الوظيفة المزدوجة للتعويض ؟

٢٥٠ ـ بدأ القضاء الفرنسى منذ بداية القرن التاسع عشر فى التمييز بين الغرامة التهديدية وبين التعويض على أساس أن التعويض مخصص لجبر الضرر بينما القصد من الغرامة التهديدية هو التشدد مع المدين الممتنع عن

تنفيذ التزامه[1] ، ولكن التميز الدقيق بين التهديد المالى والتعويض كان يعرض فكرة التهديد المالى ذاتها للتشكيك فى شرعيتها ، اذ القضاء ينشىء بذلك عقوبة خاصة غير شرعية ومتنافرة مع أفكار القانون الحديث[2]. لذلك بدأ بعض الفقه الفرنسى يلفت الانظار الى وجوب اعادة نظام التهديد المالى الى نطاق التعويض ، بحيث يصبح مجرد انذار بالتشدد فى تقدير التعويض لا يؤثر حقيقة فى مدى التعويض[3]. ومع ذلك فان أحكام القضاء كانت تتجه الى مراعاة جسامة الخطأ الصادر من المدين الممتنع عند تقدير التعويض[4] .

ولكن محكمة النقض الفرنسية أكدت دائما أن مقياس التعويض النهائى — حتى مع تصفية الغرامة التهديدية — هو مدى الضرر وحده دون تجاوز فى ذلك. وقد تأيد هذا الاتجاه من محكمة النقض بصدور قانون ٢١ يوليو ١٩٤٩ بشأن جواز فرض غرامة تهديدية لتنفيذ الحكم الصادر بطرد المستأجر ، والذى حرص على تأكيد أن تصفية الغرامة التهديدية يراعى

---

(١) بيير رينو : التمييز بين التهديد المالى والتعويض فى القضاء الفرنسى الحديث ، مجموعة الدراسات المهداة الى جورج سكرتان ١٩٦٤

(٢) بول اسمان : عقوبة ام تعويض. مجموعة الدراسات المهداة الى بول روبييه ١٩٦١ جـ٢ ص٣٧ — فريجافيل القيمة العملية للتهديد المالى J.C.P ١٩٥١ —١— ٩١٠ فقرة ١٦ — ب. مازو تعليق على حكم النقض الصادر فى ٢٠ اكتوبر ١٩٥٩ . J.C.P ١٩٦٠ —٢— ١١٤٤٩ .

(٣) فريجافيل : التهديد المالى . داللوز ١٩٤٩ J.C.P. ص ٤ والقيمة العملية للتهديد المالى ١٩٥١ —١— ٩١٠ فقرة ١٦ — بلانيول وريبير وبولانجييه : جـ ٢ فقرة ١٦٢٦

(٤) كاربونييه التهديد المالى القضائى والمسئولية المدنية . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٣ ص٩ ٢ وما بعدها فقرة ٢٨

فيها مقدار مالحق الدائن من ضرر دون زيادة[١] .

وقد حاول القضاء التحايل على هذا القيد الخاص بالتزام مدى الضرر، حتى لايفقد نظام التهديد المالى قيمته العملية وحتى يحتفظ هذا القضاء بوسيلة ما لردع المدين الممتنع عن التنفيذ ، فلجأت بعض الاحكام الى الاخذ بنظام التصفية أو السماح باتخاذ اجراءات الحجز التحفظى بالحكم الصادر بالغرامة التهديدية،ولكن هذه المحاولات لم يكتب لها النجاح ، وبدأ نظام التهديد المالى يفقد قيمته العملية . فالمدين الممتنع الذى صدر ضده حكم بالغرامة التهديدية والمدين الذى لم يصدر ضده مثل هذا الحكم سواء فى مدى التعويض المحكوم به[٢].لذلك فان بعض الفقه عاد يؤيد بعض الاحكام التى لم تلتزم بمسلك محكمة النقض الفرنسية ، وذهبت الى التشدد فى التعويض النهائى بمراعاة جسامة الخطأ الصادر من المدين الممتنع[٣] .

...

كل ذلك دعى محكمة النقض الفرنسية الى العدول عن موقفها فى حكم صدر لها بتاريخ ٢٠ أكتوبر ١٩٥٩ [٤] ، قررت فيه مبدأ جديدا وهاما فى صدد نظام التهديد المالى ، اذ قررت المحكمة أن الغرامة التهديدية ، كوسيلة لاكراه المدين على تنفيذ التزامه ، تتميز تماما عن التعويض عند تصفيتها ، وأنه ليس من شأنها تعويض الضرر الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه ،

---

(١)بيير رينو : المقال المشار اليه ١٩٦٤ فقرة ٥

(٢)مازووتنك : المسئولية المدنية جـ٣ فقرة ..٢٥ ثانيا

(٣)جوسران : القانون المدنى جـ٢ طبعة ثالثة فقرة ٥٩٧ ـ بلانيول وريبير وروډوان جـ٧ طبعة ثانية فقرة ٧٩١ ـ كازر : المقال المشار اليه ١٩٥٣ فقرة ١٨ ـ ٢٠ ـ قريجافيل : القيمة العملية للتهديد المالى فقرة ٣ـ٩

(٤)نقض فرنسى فى ٢٠ اكتوبر ١٩٥٩ : داللوز ١٩٥٩ ص٥٣٧

وبالتالى يجب أن تصفى بالنظر الى مدى جسامة الخطأ الصادر من المدين المتعنت . دون التقيد بمقدار الضرر الذى لحق بالدائن .

واذا رأى الفقه الفرنسى أن محكمة النقض تجيز الزام المدين بمبلغ يخصص للردع وليس لجبر الضرر ، وهو ماعده الفقه مبدأ جديدا وغريبا على المبدأ العريق الذى أخذ صفة العقيدة وهو أن التعويض بقدر الضرر ، فقد أعلن هذا الفقه أن المحكمة أقرت عقوبة خاصة حقيقية[1] .وانطلق الفقه فى التمييز بين هذه العقوبة والتعويض ، فذهب الى جواز النطق بها من قاضى الامور المستعجلة الذى لايمتنع عليه الا الحكم بالتعويض الحقيقى[2] ، والى جواز تصفية الغرامة التهديدية أمام محكمة الاستئناف التى نطقت بها دون أن يعد ذلك طلبا جديدا يثار أمام الاستئناف لاول مرة[3] .

٢٥١ ـ وهذا الذى انتهى اليه القضاء والفقه الفرنسى من استقلال الغرامة التهديدية بعد تصفيتها عن التعويض ، اذ تخصص لردع المدين وليست لجبر الضرر ، قد يبدو متفقا مع نظام التهديد المالى فى التقنين المدنى المصرى .

فبعد أن أجازت المادة ٢١٣ مدنى للقاضى أن يحكم بغرامة تهديدية على المدين المتنع ، مع جواز زيادتها كلما دعى الامر ، نصت المادة ٢١٤ على أنه

---

(١) بول اسمان : المقال المشار اليه ١٩٦١ ــ بيير رينو : المقال المشار اليه ١٩٦٤ فقرة ١٧

(٢) بيير رينو : المقال المشار اليه فقرة ١٧ ــ هيبرو : تعليق على حكم النقض الصادر فى ٢٠ اكتوبر ١٩٥٩ ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٩ ص٧٧٨ ــ مارتى ورينو : المرجع السابق ج٢ فقرة ٦٧٩

(٣) بيير رينو : المقال المشار اليه فقرة ١٨

اذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين ٠

فثمة اذن تعويضاً ذو شقين : شق يواجه الضرر الذى أصاب الدائن وشق يواجه العنت الذى بدا من المدين ، فالغرامة التهديدية تصفى اذن تصفية مستقلة عن مدى الضرر أو هى تضاف بعد تصفيتها الى التعويض المعادل للضرر ٠

وهذا المنطق تؤكده طبيعة نظام التهديد المالى ذاته ، اذ لو كان الهدف فى النهاية هو الزام المدين بتعويض متشدد لما كان هناك داع منذ البداية للحكم بغرامة تهديدية ، اذا كان يكفى مجرد صدور حكم تمهيدى بالزام المدين بتنفيذ التزامه عينا دون أن يقترن هذا الحكم بغرامة تهديدية والا كانت مثل هذه الغرامة لغوا ٠

ومن ناحية أخرى فان المشرع لو كان يهدف الى الزام المدين الممتنع بمجرد تعويض متشدد ، لاكتفى بالاحالة الى نص المادة ١٧٠ مدنى التى تلزم القاضى بتقدير التعويض بمراعاة الظروف الملابسة ، بما فيها جسامة الخطأ، على النحو الذى أوضحناه[1] ٠ولكن نص المادة ٢١٤ مدنى اذ يلزم القاضى بمراعاة مدى الضرر فى تقدير التعويض فضلا عن العنت الذى بدا من المدين فان ذلك يشير الى تصفية مستقلة للغرامة التهديدية تضاف الى التعويض المعادل للضرر ٠

وبذلك يبدو مسلك المشرع المصرى فى هذا الصدد مستمدا من اعتناقه لتجربة القضاء الفرنسى والقضاء المصرى فى ظل القانون الاهلى والمختلط ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٣٦

من حيث ابتداء وسيلة فعالة لالزام المدين الممتنع بمبلغ رادع دون التقيد بفكرة جبر الضرر[1].

فنحن اذن بصدد نظام يؤدى الى الزام المدين الممتنع الذى استخف بالحكم الصادر ضده بالغرامة التهديدية . بتعويض يجبر كل الضرر الذى لحق بالدائن فضلا عن مبلغ آخر اضافى يشمل تصفية للغرامة التهديدية بالقدر الذى يراه القاضى مناسبا لمدى العنت الذى بدا من المدين . ولذلك رأى الفقه فى هذا الاقرار التشريعى لتجاوز التعويض الكامل عقوبة خاصة حقيقية[2].

٢٥٢ - على أن مثل هذا التفسير لنص المادة ٢١٤ مدنى من حيث السماح للوظيفة الرادعة للمسئولية بتجاوز التعويض الكامل وانشاء عقوبة خاصة حقيقية ؛ اذا كان يتفق ومسلك القضاء الفرنسى، فانه يفتقد أى مبرر له فى التقنين المدنى المصرى .

فالتقنين المدنى الفرنسي قصد ، بارادة واضعيه ، كما سبق القول[3] ، الى عدم الاعتداد بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض ، وهو ما دعى محكمة النقض الفرنسية الى تكرار تأكيد هذه القاعدة ، كمبدأ أساسى من مبادىء المسئولية المدنية ، لايجوز الخروج عليه . وقد وصفت كل المنافذ القضائية والتشريعية على هذا المبدأ ، بالاعتداد بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض ،

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٠٨ - ٥٢٩ .

(٢) سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٦١ . ص ٥٩٥ - اسماعيل غانم : أحكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ١٩ ص ٣٠ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤١

بأنها مجرد استثناءات على مبدأ ثابت وأصيل فى التشريع الفرنسى[1]. ولم يكن نظام التهديد المالى الا أحد هذه المنافذ التى حاول بها القضاء الفرنسى التحرر من القيود المفروضة عليه من تشريع يعتنق من بين مبادئه الاصيلة مبدأ انكار الوظيفة الرادعة للتعويض .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد أخذ بمبدأ الاعتداد بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض وذلك فى اطار الزامه القاضى بمراعاة الظروف الملابسة المنصوص عليها فى المادة ١٧٠ مدنى. فهذا المبدأ من شأنه تمكين القاضى من اعمال الوظيفة الرادعة للمسئولية المدنية من خلال التعويض الكامل ، دون حاجة الى نظام التهديد المالى ، الذى لايبرره الا تشريع ينكر هذه الوظيفة الرادعة .

ولذلك فليس من مبرر يدعو الى افراد المدين الممتنع بمثل هذه العقوبة الخاصة الحقيقية ، بينما المدين الذى ارتكب خطأ عمدا ـ كالامتناع عن التنفيذ بقصد الاضرار بالدائن ـ لايلتزم الا بالتعويض الكامل الذى يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع طبقا للمادة ٢٢١ مدنى[2] . فهذه تفرقة بين مدين وآخر ، ارتكب كل منهما خطا عمدا أو غشا ، لاتستند الا على صدور حكم بغرامة تهديدية غير قابلة للتنفيذ ، وهو ما لايكفى لتبرير هذه المخالفة بينهما ، اذ لايجوز أن يؤدى تدخل القضاء الى زيادة أعباء أحد الطرفين بما يجاوز أحكام المسئولية المدنية التى تحدد وحدها مدى التزامات كل من الطرفين فى حالة الاخلال بالتزام عقدى أو قانونى .

---

(١) مارووتنك : المسئولية المدنية جـ٣ فقرة ٢٣٦٤ وما بعدها

(٢) وانظر مع ذلك فى عدالة حصول الدائن على عقوبة خاصة تجاوز التعويض ، وفى الدفاع عن هذا المسلك من جانب المشرع : اسماعيل غانم : أحكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ٢٠ ص ٣١ ـ ٣٢

كذلك فان مثل هذه العقوبة الخاصة التي تجاوز التعويض الكامل تبدو متنافرة مع قواعد الاخلاق . اذ الدائن بعد أن يتقاضى تعويضا يجبر له كل الضرر الذي لحق به ، سيحصل اضافة الى ذلك على مقابل لغش المدين . فهذه العقوبة الخاصة تعود بنا الى فكرة الانتقام العتيقة حيث الدائن يحصل على مقابل لما ثار في نفسه من غضب أو الى نظام الغرامة التي يدفعها المدين الى الدائن كثمن للخطأ وليس للضرر . وهذه العقوبة الخاصة ليست جزاء على استخفاف المدين بالحكم القضائي الصادر ضده بالغرامة التهديدية والا لكانت قد آلت الى خزانة الدولة وليس الى الدائن .

٢٥٣ - ولذلك فان اعمال أحكام نظام التهديد المالي ، فيما يتعلق بتقدير التعويض ، على ضوء افتقاد هذا النظام لاي مبرر في ظل تشريع يعرف الوظيفة المزدوجة للتعويض ؛ يجب أن يكون مستمدا من المبادىء العامة لهذا التشريع وليس من أحكام نظام التهديد المالي ذاتها التي اكتسبها في ظل التشريع الفرنسي الذي ينكر هذه الوظيفة المزدوجة .

فالغرامة التهديدية ، بعد تصفيتها ، ترتبط بالتعويض وجودا وعدما ، فاذا ما تبين رغم امتناع المدين عن تنفيذ التزامه بأن هذا الامتناع لم يسبب للدائن أي ضرر فلم يفوت عليه كسبا ولم يلحق به أية خسارة وبالتالي لم يعد هناك موجب للحكم بالتعويض . فانه يجب أن يمتنع على القاضي أن يلزم المدين بأي تصفية مستقلة للغرامة التهديدية مقابل مجرد امتناعه عن التنفيذ[1] .

---

(١) كايزر : المقال المشار اليه ١٩٥٣ فقرة ٢٨ - سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٦١٠ - اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ١٩ ص٣٢

ويترتب على ذلك أن هذه الغرامة التهديدية بعد تصفيتها لا تلقى معاملة خاصة مستقلة عن القواعد العامة التى تحكم التعويض من حيث دعوى المسئولية وأطرافها ومدة التقادم والاختصاص ـ اذ يحظر على القاضى المستعجل تصفية هذه الغرامة ولو كان هو الذى نطق بها[1]، كما يحظر ذلك أيضا على محكمة الاستئناف اذا كانت هى التى نطقت بها[2].

ونعتقد أن القاضى وهو يصدر الحكم بتعويض على المدين الممتنع الذى لم يفلح الحكم الصادر بالغرامة التهديدية فى حمله على التنفيذ ؛ استنادا منه الى المادة ١٧٠ مدنى بما تقضى به من وجوب مراعاة الظروف الملابسة فى تقدير التعويض ، والى اعتناق التشريع المصرى للوظيفة المزدوجة للمسئولية المدنية ؛ يمكنه تقدير مثل هذا التعويض بصفة مباشرة ـ مراعيا فى ذلك العنت الذى بدا من المدين ـ دون حاجة الى تصفية الغرامة التهديدية واضافتها الى التعويض . فهذا العنت ينقلب اذن الى عامل من عوامل التشديد فى تقدير التعويض دون أن يكون عنصرا من عناصر التعويض يلقى تقييما مستقلا الى جانب العناصر القابلة للتقييم مثل عنصر الكسب الفائت والخسارة الواقعة والضرر الادبى[3] .

وفى هذا الصدد يثور التساؤل عن مدى التزام القاضى باجراء التصفية للغرامة التهديدية واضافتها الى التعويض الكامل وهل يعد مخالفا للقانون اذا هو اكتفى بتعويض روعى فيه موقف المدين كعامل من عوامل التشديد ؟

---

(١) كايزر : المقال المشار اليه ١٩٥٣ فقرة ١٩

(٢) اندريه تونك : تعليق بالمجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٣ ص٢٤٣

(٣) وقارن : السنهورى : الوسيط جـ ٢ فقرة ٥٧٦ ـ سليمان مرقس : مصادر الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٦١٠ ـ اسماعيل غانم : احكام الالتزام ١٩٦٧ فقرة ـ

حقيقة الأمر . على ما نعتقد . أنه رغم أن عمليتي التصفية والاضافة هما عمليتان توحي بهما أفكار القضاء والفقه الفرنسي وتفرضهما طبيعة نظام التهديد المالي ذاته ، فان الفهم السليم لمنطق التشريع المصري الذي يأخذ بالوظيفة المزدوجة للمسئولية المدنية ، وغياب النص الصريح على مثل هذه التصفية والاضافة ، وعدم الاشارة الى ذلك في الاعمال التحضيرية للمادتين ٢١٣ ، ٢١٤ مدني ، كل ذلك يوحي بأن القاضي اذ يأخذ مدى العنت الذي بدا من المدين كعامل من عوامل التشديد للوصول الى التعويض الكامل دون تجاوز في ذلك فانه لايكون مخالفا للقانون .

وكل ما نتطلبه من القاضي في هذا الشأن هو مجرد التزام هذا التشدد في تقدير التعويض والا كان الحكم معيبا[1] . فهذا هو منطق الاعتداد بالظروف الملابسة وفائدة الحكم بغرامة تهديدية ومايقضي به نص المادة ٢١٤ مدني من وجوب مراعاة العنت الذي بدا من المدين في تقدير التعويض .

---

(١) السنهوري : الوسيط ج ٢ فقرة ٥٧٤ — سليمان مرقس : مصادر الالتزام فقرة ٦١ . — اسماعيل غانم احكام الالتزام فقرة ٢٠

الفصل الثالث

فـــردية التعويض

٢٥٤ — قدمنا أن الكيان الاجتماعي يتدخل في العصر الحديث في العلاقة ما بين المسئول والمضرور بهدف تحقيق الوظيفة الاصلاحيــة للتعويض. فالمجتمع الحديث يعرف اليوم ذمما جماعية أو أنظمة جماعية تقوم بوظيفة جبر الضرر، بأداء التعويض للمضرور بدلا من المسئول، بناء على اتفاق أو بنص القانون. وعرفنا أن هذه الذمم الجماعية أو الانظمة الجماعية للتعويض تتمثل اليوم في في شركات التأمين بصدد التأمين من المسئولية . وفي التأمينات الاجتماعية بصدد تعويض اصابات العمل ، وفي مسئولية الدولة عن أعمال تابعيهـا ، وأخيرا في مسئولية الأشخاص الاعتبارية الخاصة عن أعمال تابعيها .

والذمة الجماعيـــة أو النظام الجماعي للتعويض اذ تتـــدخل في علاقة المسئولية لصالح المضرور ، فان ذلك اقتضى قيام علاقة مباشرة بين المضرور وهذه الذمة أو النظام ، بحيث يقتضي منها المضرور ما يستحقه من تعويض ، ولا يتأثر هذا الحق المباشر بما ينشأ للذمة الجماعية أو النظام الجماعي من سبب قانوني يجيز لهـــا أن تتنصل من التعويض في العـــلاقة ما بينها وبين المسئول، اذا تمثل هـــذا السبب في جسامة خطأ المسئول. فرغم ذلك تؤدي الذمة الجماعية أو النظام الجماعي التعويض المضرور ، ثم يتقرر لهـــا حق الرجوع على المسئول بما أدته من تعويض تسبب فيه بجسامة خطئه. عندئذ ينتقل التعويض من الجماعية الى الفردية فيتحمل المسئول في ذمته بالتعويض الذي تسبب فيه بخطئه الموصوف بدلا من الذمة الجماعية أو النظام الجماعي للتعويض. وفردية التعويض بهذا المعنى اذ تعبر عن الوظيفة الرادعة للتعويض

والتي تقترن بجسامة الخطأ ؛ فانها لاتوجه الا الى المسئول؛ اذ الذمة الجماعية أو النظام الجماعي لاتتحمل بالردع لانها لاتقوم الا بوظيفة اصلاحية . فلا تتحمل الا بالتعويض الاصلاحي، أما المسئول بخطأ جسيم أو عمد فانه يتحمل بالتعويض الرادع جزاء له على جسامة خطئه .

ولكن الواقع العملي يشير الى بعض الاختلاف بين النظرية والتطبيق . ذلك أن رجوع الذمة الجماعية أو النظام الجماعي للتعويض لايرتبط دائما بالخطأ بالموصوف في عمومه ؛ فقد يتقيد بالخطأ العمد دون الخطأ الجسيم؛ وقد لايتقيد بجسامة الخطأ في فرض آخر . وكذلك الشأن في مدى رجوع الذمة الجماعية أو النظام الجماعي للتعويض على المسئول ؛ فقد يكون بالتعويض الكامل دون التقيد بذلك الشق من التعويض الذي ارتبط بجسامة الخطأ ؛ وقد يتقيد بهذا الشق وحده .

المبحث الاول : مبدأ رجوع الذمة الجماعية على المسئول المذنب

المبحث الثاني : مدى رجوع الذمة الجماعية على المسئول المذنب

المبحث الاول

مبـدأ رجوع الذمة الجماعية على المسئول المذنب

٢٥٥ ــ اذا كانت القاعدة النظرية تقضى باطلاق حــق الرجوع للذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض على المسئول فى حــالة الغش والخطأ الجسيم . مع استبعاد هذا الحق فى حالة الخطأ اليسير . فان مسلك المشرع المصرى لايتفق وهــذه القاعدة بسبب الاهتمام بالتطبيقات الفـردية دون البحث عن المبدأ الذى يجمعها .

ففى التأمين من المسئولية يتقيد حق الرجوع من المؤمن على المؤمن له بالخطأ العمد دون الخطأ الجسيم وفى التأمينات الاجتماعية تقوم فردية التعويض فى حالة الخطأ العمد كما فى حالة الخطأ الجسيم، ولكن حق الرجوع يختلف فى هذه الحالة بسبب تنصل الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية من التعويض الرادع أصلا . وفى مسئولية الدولة عن أعمال تابعيهــا يتفق التطبيق مع القــاعدة النظرية حيث حق الرجوع يشمل الخطأ العمد والخطأ الجسيم ؛ وفى رجوع الاشخاص الاعتبارية الخاصــة على تابعيها لايتقيد هــذا الرجوع بجسامة الخطأ بل يقوم أيضا فى حالة الخطأ اليسير .

المطلب الاول : رجوع المؤمن على المؤمن له فى التأمين من المسئولية المدنية

المطلب الثانى : رجوع التأمينات الاجتماعيــة على محدث اصــابة العمل

المطلب الثالث : رجوع الدولة على تابعها عن خطئه الشخصى

المطلب الرابع : رجوع الشخص الاعتبارى الخاص على تابعه .

المطلب الاول

رجوع المؤمن على المؤمن له فى التامين من المسئولية المدنية

٢٥٦ ـ التأمين من المسئولية وفردية التعويض ٢٥٧ ـ الخطأ العمد من المؤمن له ٢٥٨ ـ الخطأ الجسيم من المؤمن له ٢٥٩ ـ تنصل المؤمن من التعويض ٢٦٠ ـ التامين الاجبارى من حوادث السيارات .

٢٥٦ ـ قد يؤمن الشخص نفسه من المسئولية المدنية التى تنتج عن فعله الضار ، وعندئذ تلتزم شركة التأمين بأداء التعويض المحكوم به الى المضرور . وقد يرجع المضرور على المؤمن مباشرة بالدعوى المباشرة وقد يجد المؤمن نفسه مختصما فى دعوى المسئولية . واذا كانت فردية التعويض تقتضى ألا تسنع جسامة الخطأ من الزام المؤمن بالتعويض الكامل لصالح المضرور مع حقه فى الرجوع على المسئول ، فان طبيعة عقد التأمين تؤدى الى مخالفة هذه القاعدة من ناحيتين : الاولى أن فردية التعويض لاتعمل مع التأمين من المسئولية الا فى حالة الخطأ العمد دون الخطأ الجسيم . والناحية الثانية أن المؤمن يجوز له التنصل بداءة من التزامه بالتعويض فى حالة الخطأ العمد وبالتالى تتحقق فردية التعويض عن طريق تحمل المسئول وحده فى ذمته بتبعات دعوى المسئولية .

٢٥٧ ـ ففيما يتعلق بتحقق فردية التعويض ـ فى التأمين من المسئولية ـ فى حالة الخطأ العمد دون الخطأ الجسيم . تقضى المادة ٧٦٨ مدنى بأنه : « ١ ـ يكون المؤمن مسئولا عن الاضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد . وكذلك يكون مسئولا عن الاضرار الناتجة عن حادث مفاجىء أو قوة قاهرة ٢ ـ أما الخسائر والاضرار التى يحدثها المؤمن له عمدا أو غشا فلا يكون المؤمن مسئولا عنها ولو اتفق على غير ذلك » . فالتأمين من

المسئولية اذ لايغطى مسئولية المؤمن له الناتجة عن الخطأ العمد . فانه مع ذلك يغطى المسئولية الناتجة عن الخطأ الجسيم باعتباره من الاخطاء غير العمدية وبالتالى فان الخطأ العمد اذ يؤدى الى فردية التعويض فى التأمين من المسئولية ، فان الخطأ الجسيم ، على العكس من ذلك : يظل فى اطار جماعية التعويض .

وتحريم التأمين من نتائج الخطأ العمد ان كان يمكن تفسيره من وجهة نظر التأمين بأن العمد يعدم الخطر المؤمن منه لانه مناف للاحتمال الذى هو أساس الخطر[1] ، أو لأن الخطر فى هذه الحالة يتعلق بمحض ارادة المؤمن له[2] ، أو لاعتبارات تتعلق بالنظام العام والاخلاق[3] ، فانه من وجهة نظر المسئولية المدنية يفسر أيضا بفردية التعويض . فالمؤمن اذ يتدخل فى علاقة المسئولية ليأخذ على عاتقه تحقيق الوظيفة الاصلاحية فانه لايتحمل بأى تعويض رادع تسبب فيه المسئول بخطئه العمد . وبذلك تتلاءم قواعد التأمين مع قواعد المسئولية المدنية فى قصر دور الذمة الجماعية على الوظيفة الاصلاحية للتعويض دون الوظيفة الرادعة للناتجة عن الخطأ العمد .

٢٥٨ — على أنه فى حالة الخطأ الجسيم من المسئول المؤمن من المسئولية ، يظهر الاختلاف بين ماتمليه فردية التعويض ومنطق التأمين بوجه عام ، اذ يجوز للمسئول أن يغطى مسئوليته الناتجة عن خطئه الجسيم .

---

(١) عبد المنعم البدراوى : عقد التأمين فقرة ١٣٤ ص ٢٠٤ — أندريه بيسون : السقوط فى عقد التأمين : المجلة العامة للتأمين البرى ١٩٣٦ فقرة ١٩ ص ٢٧٢ — بيكارد وبيسون : مطول التأمين البرى ج١ فقرة ١١ وج٢ فقرة ٢٤

(٢) السنهورى : الوسيط ج ٧ فقرة ٦٠٠ .

(٣) بيكارد وبيسون : المرجع السابق ج١ فقرة ٢٠

وقد كان جواز التأمين من المسئولية الناتجة عن خطأ الجسيم محل اعتراض من الفقه الفرنسى فى البداية . الذى استند فى ذلك الى المشابهة بين الغش والخطأ الجسيم من ناحية ، ومن ناحية أخرى الى المشابهة بين التأمين من المسئولية وشرط عدم المسئولية الذى يبطل فى حالة الخطأ الجسيم كما فى حالة الغش .

لكن هذه الاعتراضات من جانب الفقه . فضلا عن أنها تؤدى الى فقدان التأمين للكثير من مزاياه التى نشأ من أجلها وهى تحرير الافراد من الخوف من تبعة المسئولية فى انطلاقهم فى مختلف أوجه النشاط الصناعى والاقتصادى وخاصة نشاط النقل الذى لم يكن ليزدهر لولا نظام التأمين[1] فانها الى جانب ذلك غير مقبولة من وجهة نظر التأمين .

فالمشابهة بين الغش والخطأ الجسيم — بصدد التأمين من المسئولية — تفتقد الاساس السليم ، اذ الغش يفترض تعمد الفعل غير المشروع مع انصراف الارادة الى احداث الضرر بينما اذا أمكن القول أن المؤمن له قد تعمد الفعل الذى حقق الخطر المؤمن منه بخطئه الجسيم ، فانه لايقصد تحقيق الخطر ذاته بل تتدخل عوامل أخرى غير محض ارادته فى تحقيق هذا الخطر[2] . واذا كان تحقق الخطر فى الخطأ العمد يتعلق بمحض ارادة المؤمن له فيكون معنا على شرط ارادى محض ، فان تحقق الخطر فى الخطأ الجسيم يتعلق بارادة المؤمن له مختلطة بعوامل أخرى خارجة عن هذه الارادة تؤثر حتما فى تحقق أو عدم تحقق

---

(١) بيكارد وبيسون : المرجع السابق ج٢ فقرة ٣ .

(٢) السنهورى : الوسيط ج٧ فقرة ٦٠٠ ص ٢٣٦ .

(٣) بيكارد وبيسون : المرجع السابق ج١ فقرة ٢ .

الخطر ، فيكون معلقا على شرط ارادى بسيط[1] . ولذلك فانه بينما الخطأ العمد ـ من وجهة نظر التأمين ـ يعدم فكرة الخطر القائم على الاحتمال والتى هى عماد التأمين فان الخطأ الجسيم ، على العكس من ذلك : يدع فرصة لجانب الاحتمال اذ يكون هناك دائما مجال لتدخل القدر بحدوث الضرر أو عدم حدوثه[2] .

وكذلك الشأن بالنسبة للمشابهة بين التأمين من المسئولية وشرط عدم المسئولية ، فهذه المشابهة تفتقد بدورها الاساس السليم لاختلاف كل من من النظامين : فالتأمين يتوزع على مجموع المؤمن لهم ، بينما شرط عدم المسئولية ينقل المسئولية من عاتق المسئول الى عاتق المضرور . والتأمين لايلغى المسئولية ولكنه يحولها من عاتق المسئول الى عاتق المؤمن وهو بذلك يدعم مركز المضرور ولا يضعفه ، كما هو الشأن فى شرط عدم المسئولية[3] .

ومن ناحية أخرى فان مسلك القضاء الفرنسى فى البداية بعدم اجازة التأمين من المسئولية الناتجة عن الخطأ الجسيم أدى الى صعوبات عملية بسبب اختلاف معايير التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير من حالة الى أخرى مما عرض نظام التأمين لفقدان الثقة به من جانب المؤمنين[4] .

---

(١) محمد على عرفه : التأمين والعقود الصغيرة ؛ الطبعة الثانية ١٩٥٠ ص٣٢ ـ محمود جمال الدين زكى : دروس فى التأمين جا ، ١٩٥٧ فقرة ٧ ص ٢٥ ـ ٢٦

(٢) بيكارد وبيسون : المرجع السابق ج ٢ فقرة ٦٦

(٣) بيكارد وبيسون : المرجع السابق ج٢ فقرة ٦٢ و ٦٦

(٤) بيكارد وبيسون : المرجع السابق ج٢ فقرة ٣٠

ولذلك أجاز قانون التأمين الفرنسي الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٣٠ التأمين من نتائج الخطأ الجسيم ؛ وهو ما أخذ به المشرع المصرى فى التقنين المدنى المصرى الجديد .

وبذلك أصبح يجوز للمسئول الذى ارتكب خطأ جسيما أن يلقى بنتائج فعله على الكيان الاجتماعى ممثلا فى ذمة جماعيــة لا تلتزم الا بالوظيفــة الاصلاحية للتعويض ، وهو ما يمكن أن يترتب عليه التزام المؤمن بزيادة فى التعويض ناتجة عن الخطأ الجسيم اذ القاعدة أن الخطأ الجسيم يؤدى الى الانتقال بالتعويض العادل الى التعويض الكامل؛وبالتالى يجد المؤمن نفسه محل ردع حقيقى بدلا من المسئول فى حدود ذلك الشق من التعويض الذى تحمل به بمناسبة جسامة الخطأ .

٢٥٩ — واذا كانت فردية التعويض تتحقق فى التأمين من المسئولية فى حالة الخطأ العمد دون الخطـأ الجسيم ، فان فردية التعويض تتحقق لا عن طريق الرجوع ؛ بل تتحقق بطريقة مباشرة بتنصـل المؤمن من التحـمل بعبء التعويض .

فالقاعدة النظرية تقضى بالتزام الذمة الجماعية بأداء التعويض للمضرور فى جميع الاحوال مع الرجوع على المسئـول بالتعويض الرادع الناتج عن جسامة الخطأ ؛ وكان يجب لذلك أن يؤدى المؤمن التعويض المحكوم به الى المضرور ولو كانت المسئولية ناتجة عن خطأ عمد ؛ وذلك لضمان حق المضرور فى التعـويض وحتى يؤدى التأمين من المسئوليـة دوره ؛ وحتى لا يكون المضرور بخطأ عمد فى مركز أسوأ من المضرور بخطأ يسير . ولكن طبيعة عقد التأمين تؤدى الى تحقيق فردية التعويض بصفة مباشرة عن غير طريق الرجوع .

فاذا لم تكن هنـاك دعوى مباشرة للمضرور قبـل المؤمن : فلا يكون

للمضرور من سبيل سوى اختصام المسئول بدعوى المسئولية، فاذا ما اختصم المؤمن فى هـذه الدعوى أمكنه أن يدفع الدعوى بالخطأ العمد من المؤمن له وبالتالى يجد المضرور نفسه تجاه المسئول وحده، واذا لم يختصم المؤمن فى دعوى المسئولية ، فانه يمكنه أن يدفع رجوع المؤمن له عليه بالمبلغ المحكوم به فى دعوى المسئولية بنفس الدفع أى بالخطأ العمد .

واذا كانت هناك دعوى مباشرة للمضرور قبل المسئول ، وهو ما أقره القضاء الفرنسى [1] ، كما أقره القضاء المصرى اذا توافرت قواعد الاشتراط لمصلحة الغير [2] ، فان المؤمن يمكنه أيضا أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التالية للحادث والتى كان يمكنه توجيهها الى المؤمن له ومنها تحقق الخطر المؤمن منـه بخطأ عمد من المؤمن له ، وبذلك لايكـون أمام المضرور الا الرجوع على المسئول مباشرة .

ففى جميـع الفروض لايلتزم المؤمن بأداء التعويض للمضرور اذا كان الخطر المؤمن منه قد تحقق بخطأ عمد من المسئول ، ولايكون أمام المضرور الا الرجوع على هذا المسئول مباشرة .

٢٦٠ — ولعل نظام التأمين الاجبارى من المسئولية المدنية الناتجة عن حوادث السيارات أكثر استجابة لتحقيق هذا التطابق بين فردية التعويض ونظـام التأمين من المسئولية من حيث درجـة الخطأ الذى يوجب فردية التعويض

---

(١) مازو وتنك المسئولية المدنية جـ٢ فقرة ٢٦٩٨

(٢) السنهورى الوسيط جـ٧ ص ٨٥٤ — وانظر نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض المدنى س٦ ق ١٤٠ ص١٠٧٩ .

ومن حيث تحقق الفردية عن طريق الرجوع ، حماية للمضرور وردعا للمسئول •

فقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى من حوادث السيارات على أنه «يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن آى اصابة بدنية تلحق بأى شخص من حوادث السيارة اذا وقعت فى جمهورية مصر ، وذلك فى الاحوال المنصوص عليها فى المادة ٦ من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ • ويكون التزام المؤمن بقيمة ما يحكم به قضائيا من تعويض مهما بلغت قيمته ، ويؤدى المؤمن مبلغ التعويض الى صاحب الحق فيه ، وتخضع دعوى المضرور قبل المؤمن للتقادم المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى» •

ثم نصت المادة الخامسة من شروط الوثيقة النموذجية لهذا النوع من التأمين الصادرة بقرار وزير المالية والاقتصاد رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥ على أنه « يجوز للمؤمن أن يرجع علي المؤمن له بقيمة ما يكون قد أداه من تعويض فى الحالات الآتية : ــ ••• ب) استعمال السيارة فى غير الغرض المبين برخصتها أو قبول ركاب أو وضع حمولة أكثر من المقرر لها أو استعمالها فى السباق أو اختبارات السرعة ج) اذا ثبت أن قائد السيارة سواء كان المؤمن له أو شخص آخر سمح له بقيادتها ارتكب الحادث وهو فى غير حالته الطبيعية بسبب سكر أو تناول مخدرات ••• هـ) اذا ثبت أن الوفاة أو الاصابة البدنية قد نشأت عن عمل ارتكبه المؤمن له عن ارادة وسبق اصرار» •

فهذا التنظيم القانوني للتأمين الاجباري من المسئولية المدنية الناتجة عن حوادث السيارات يشير الى التطابق بين مبدأ فردية التعويض ونظام التأمين من المسئولية من أربعة وجوه :

أ) ان هذا النظام يؤكد وجود دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن[١] فيجوز للمضرور اختصام المؤمن وحده وبصفة مباشرة ويقتضي حقه في التعويض المحكوم به من ذمة جماعية تؤدي واجبها في كفالة التعويض.

ب) ان فردية التعويض تتحقق هنا في حالة الخطأ العمد كما في حالة الخطأ الجسيم . اذ الفروض المشار اليها في الوثيقة النموذجية لعقد التأمين الاجباري تشير بوضوح الى أنها تقصد الخطأ الجسيم لأن اساءة استعمال السيارة أو قيادتها في حالة سكر ، هو في ذاته عمل ارادي يؤكد احتمال حدوث الضرر ، وهذه هي فكرة الخطأ الجسيم[٢] .

---

(١) نقض مدني في ٤ يونيه ١٩٦٨ (مجموعة أحكام النقض المدني س١٩ ق ١٩٤ ص١٠٩٩) ونقض مدني في ٢٧ مارس ١٩٦٩ (مجموعة احكام النقض المدني س ٢٠ ق ٨١ ص ٥٠٠) وانظر السنهوري الوسيط ج٧ فقرة ٨٥٤ ص١٦٧٧

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٥ - وقد تفسر بعض هذه الحالات بفكرة عدم التأمين اي ان المخاطر التي تقع نتيجة لهذه الظروف تخرج من نطاق التأمين ويكون رجوع المؤمن هنا على المؤمن له على اساس دعوى استرداد مادفع بغير وجه حق انقض مدني في ٢٥ مارس ١٩٦٥ - مجموعة أحكام النقض المدني س١٦ ق٦ ص٣٧٨) ولكن الملاحظ ان فكرة عدم التأمين لاتشمل كل هذه الفروض : اذ الضرر الناتج عن اساءة استخدام السيارة او قيادتها في حالة سكر يدخل في نطاق الخطر المؤمن منه ولكنه ناتج عن انحراف جسيم في السلوك .

جـ) ان المؤمن يلتزم بأداء التعويض المحكوم به الى المضرور ، بالغة ما بلغت قيمته ، وفي جميع الفروض ، حتى ولو كان خطأ المؤمن له عمداً أو جسيماً ، وبالتالي يحرم المؤمن من الدفع بتعمد المؤمن له للخطر المؤمن منه[1] ، وهـذا ما يشير اليه النص على (التزام) المؤمن بأداء التعويض وحقه في (الرجوع) على المؤمن له .

د) ان فردية التعويض تتحقق في هذا الفرض عن طريق الرجوع ، أي رجوع الذمة الجماعية على المسئول محدث الضرر ، بدلاً من تنصل الذمة الجماعية من علاقة المسئولية .

فهذا التأمين الاجبارى من المسئولية المدنية الناتجة عن حوادث السيارات يشير الى نظام أخذ فيه المشرع بما تهـدف فردية التعويض الى تحقيقه من حيث وجود ذمة جماعية تكفل حق المضرور في التعويض في جميع الفروض ، مع السماح لهذه الذمة بالرجوع على المسئول متى كان التزامها بالتعويض قد نشأ عن خطأ عمد أو خطأ جسيم من جانبه .

المطلب الثانى

رجوع التامينات الاجتماعية على محدث اصابة العمل

٢٦١ ـ فردية التعويض والتامينات الاجتماعيـة ٢٦٢ ـ القـانون الفرنسى ٢٦٣ ـ القانون المصرى .

٢٦١ ـ اذا كان مبدأ فردية التعويض يعنى [illegible] صورة التى رأيناها

---

(١) انظر عكس ذلك الـ[illegible] : الوسـ[illegible] ٧ فقرة ٨٦٢ [illegible] ١٦٩٤

التزام محدث الضرر فى ذمته بعبء التعويض الناتج عن خطئه الموصوف ، بدلا من الذمة الجماعية التى أدت عنه هذا التعويض ، وأن هذا المبدأ يتحقق عن طريق تقرير حق الرجوع للذمة الجماعية على المسئول الفرد ، لكفالة حق المضرور فى الحصول على التعويض ، فان تطبيق هذا المبدأ فى نطاق التزام التأمينات الاجتماعية بتعويض المضرور عن اصابة العمل ، من شأنه القول بالتزام الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بأداء التعويض الكامل للمصاب ثم الرجوع على محدث الاصابة الذى ارتكب خطأ موصوفا بما تسبب فيه من تعويض .

ولكن التنظيم الحالى لقانون التأمينات الاجتماعية لم يقرر مثل هذا الضمان للمصاب وبالتالى فليس من رجوع من التأمينات الاجتماعية على المسئول ، اذ فردية التعويض هنا تكون فى صورة رجوع المصاب على المسئول ، وذلك بعكس الحال فى القانون الفرنسى الذى يعرف المطابقة بين النظرية والتطبيق فى هذا الصدد .

٢٦٢ — ففى فرنسا يسمح قانون التأمينات الاجتماعية للعامل المصاب باقتضاء مبالغ اضافية ، الى جانب التعويض الجزافى ، اذا كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ لايغتفر من جانب رب العمل أو من يعهد اليهم بالادارة (م ٤٦٨) ، كما يجوز للعامل المصاب أن يقتضى تعويضا كاملا وفقا للقواعد العامة للمسئولية المدنية متى كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ عمد من جانب رب العمل (م ٤٦٩) ، ويجوز أيضا للعامل المصاب أن يرجع بالتعويض على الغير الذى تسبب فى حدوث الاصابة وفقا للقواعد العامة للمسئولية المدنية (م ٤٧٠) ، ولكن يجوز لهيئة التأمينات الاجتماعية الرجوع على رب العمل بما أدته من تعويضات اضافية نتيجة لخطئه الذى لايغتفر (م ٤٦٩) ، كما يجوز أيضا للهيئة الرجوع على رب العمل بكل ما أدته من تعويض الاصابة

نتيجة لخطئه العمد (م٤٧٠) ويجوز لها أيضا الرجوع على الغير الذى تسبب فى الاصابة بما أدته من تعويض للعامل المصاب (م٤٧٠).

فهذا النظام يحقق اذن فردية التعويض من خلال جماعية التعويض ، حيث يجد المضرور أمامه ذمة جماعية تلتزم باداء التعويض حتى ولو كان ناتجا عن خطأ عمد أو لايغتفر ، ثم ترجع هذه الذمة على المسئول بالتعويض الذي تسبب فيه بخطئه الموصوف .

٢٦٣ — أما التشريع المصرى فانه يقصر التزام الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية على التعويض الجزافى المستحق عن اصابة العمل وفقا للقانون . فاذا كانت الاصابة ناتجة عن خطأ عمد أو خطأ جسيم من جانب رب العمل ، ظل التزام الهيئة محددا بهذا التعويض الجزافى ، ويجوز عندئذ للعامل المصاب الرجوع على رب العمل لتكملة التعويض الجزافى الى تعويض كامل وفقا للقواعد العامة للمسئولية المدنية[1] .

أما اذا كانت الاصابة ناتجة عن عمل الغير — أيا ما كانت درجة جسامة الخطأ — فانه يجوز للعامل المصاب الجمع بين التعويض الجزافى للاصابة وبين الرجوع على هذا الغير وفقا للقواعد العامة للمسئولية المدنية ، وقد ألغى حق الهيئة فى الرجوع على هذا الغير الذى كان مقررا فى القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩[2] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٢٣

(٢) انظر آنفا فقرة ٢١٨ — وانظر عكس ذلك سمير تناغو (المرجع السابق

هناك اذن اختلاف بين النظرية والتطبيق فى هذا الصدد ، وهو ما يمكن تلافيه بالنص على التزام الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعيـة بأداء تعويض كامل للمصاب — ضمانا لحقه — متى نتجت الاصابة عن خطأ عمد أو جسيم من جانب رب العمل أو الغير ، مع اعطاء الهيئة حق الرجوع على رب العمل أو الغير بما أدته من تعويض نتج عن جسامة الخطـأ ، تحققيا لمبدأ فردية التعويض باعتباره الوجه المقابل لجماعية التعويض •

المطلب الثالث

رجوع الدولة على تابعها عن خطئه الشخصى

٢٦٤ — الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى أو المرفقى

٢٦٤ — وتبدو فردية التعويض أكثر وضوحا فى رجوع الدولة على تابعها فى حـالة الخطأ الشخصى (faute personnelle) دون الخطـأ المصلحى أو المرفقى (faute de service) فالدولة تسأل مسئولية مدنية عن أعمال تابعها غير المشروعة ، على أن حق الدولة فى الرجوع على هؤلاء التابعين مقيد بأن يكون خطؤهم شخصيا ، أما اذا كان الخطأ مصلحيا فان الدولة تتحمل وحدها بالمسئولية •

وقد أقر المشرع المصرى هذه القاعدة فى المادة ٥٨ من [illegible] رقم ٤٦

=

فقرة ١٣٩ ص٢٨٦ ومابعدها) حيث يرى انه يجوز للهيئـة الرجوع على الغير محدث الاصابة على أساس قواعد الاثراء بلا سبب ، فاذا كان المصاب قـد اقتضى التعويض من هذا الغير جاز للهيئة ان تسترد منه المبالغ التى دفعتها له.

سنه ١٩٦٤ بشأن العاملين المدنيين بالدولة ، ثم بالمادة ٥٥ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة التى تقضى بأنه «لا يسأل العامل مدنيا الا عن خطئه الشخصى» •

والخطأ الشخصى الذى يوجب مسئولية الموظف العام ، وان كانت قد اختلفت بشأنه المعايير [١] ، يقابل فى نظر القضاء الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم بالمعنى الذى يعرفه القانون المدنى. فقد استقر القضاء الادارى على تمييز الخطأ الشخصى عن الخطأ المرفقى بالرجوع الى المعيار الشخصى وهو التعرف على قصد الموظف من الفعل الضار والى معيار جسامة الخطأ. وفى ذلك اضطردت أحكام القضاء الادارى على أن فيصل التفرقة بين الخطأ المصلحى والخطأ الشخصى يكون فى البحث وراء نية الموظف ، فان كان يهدف من القرار الذى أصدره الى تحقيق الصالح العام كان خطؤه مصلحيا ، أما اذا تبين أنه لم يعمل للصالح العام أو كان يعمل مدفوعا بعوامل شخصية

(١) هناك نظرية الاستاذ لافريير (Laferrierre) ويرى ان الخطأ يعتبر شخصيا اذا كان الفعل الضار يكشف عن الانسان بضعفه واهوائه وعدم تبصره وهو معيار شخصى. ونظرية الاستاذ هوريو (Hauriou) ويرى ان الخطأ الشخصى هو الخطأ الذى يمكن فصله عن اعمال الوظيفة ، فالمعيار هنا هو انفصال الخطأ عن الوظيفة . ونظرية الاستاذ ديجى (Duguit) ويرى تمييز الخطأ الشخصى بالغاية من التصرف الخاطئ وما اذا كانت تحقيق اغراض الوظيفة او اغراض شخصية . ونظرية الاستاذ جيز (Gez) وهو يأخذ معيار جسامة الخطأ ، والخطأ يعتبر شخصيا متى كان جسيما اى لا يمكن اعتباره من الاخطاء العادية التى يتعرض لها الموظف فى حياته الوظيفية. وانظر فى تحديد الخطأ الشخصى بأنه الخطأ الذى ينفصل ذهنيا عن الوظيفة سعاد الشرقاوى : افاق جديدة أمام المسئولية الادارية والمسئولية المدنية ، مجلة العلوم الادارية السنة ١١ العدد الثانى اغسطس ١٩٦٩ ص ٢٠٩ وما بعدها .

أو كان خطؤه جسيما ، فانه يعتبر خطأ شخصيا يسأل عنه فى ماله الخاص [1].

وبذلك تتحقق فردية التعويض ، حيث تلتزم الدولة ، كذمة جماعية ، بأداء التعويض للمضرور فى جميع درجات الخطأ ، لكفالة التعويض المضرور ، وفقا للقواعد العامة فى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، ويكون للدولة حق الرجوع على التابع المسئول فى حالة الخطأ الموصوف تحقيقا لمبدأ فردية التعويض .

---

(١) محكمة القضاء الادارى القضية رقم ٨٨ لسنة ٣ ق (مجموعة احكام مجلس الدولة السنة الرابعة ص٥٦ والقضية رقم ٤٦٤ لسنة ٣ق السنة الخامسة ص ٥٨٤ — وحكم المحكمة الادارية العليا فى ٦ يونيه ١٩٥٩ فى القضية رقم ٩٢٨ لسنة ٤ق وفى ٥ ديسمبر ١٩٦٤ فى القضية رقم ١٢٧٣ لسنة ٧ ق وفى نوفمبر ١٩٦٧ فى القضية رقم ٤٤٨ لسنة ٨ق — وأيضا حكم المحكمة الادارية العليا فى ٣٠ مارس ١٩٦٩ من أنه «ويعتبر الخطأ كذلك شخصيا — ولو لم تتوافر فى مرتكبه نية النكاية والاضرار وابتغاء المنفعة الذاتية — اذا كان الخطأ جسيما . وتحديد درجة جسامة الخطأ مسألة نسبية تتفاوت تبعا للظروف المختلفة ويستهدى فيها بقدرة الموظف المتوسط الكفاية الذى يوجد فى ظروف مماثلة لتلك التى كان فيها الموظف المخطىء . ويدخل فى نطاق الخطأ الجسيم الاخلال بأى اجراء جوهرى يؤثر فى كيان العمل المنوط بالموظف أداءه» (طعن رقم ١١٨٣ لسنة ١٠ق — مجلة المحاماة العدد السادس يونيه ١٩٧٠ ص ١٣٩).

المطلب الرابع

رجـوع الشخص الاعتبارى الخاص على تابعه

٢٦٥ ـ مسئولية المتبوع وفردية التعويض ٢٦٦ ـ تقييد حق رجوع المتبوع على التـابع .

٢٦٥ ـ تقضى المادة ١٧٤ مدنى بمسئوليـة المتبوع عن أعمال تابعه التى تقع منه أثناء تأديته بوظيفته أو بسببها.وتجيز المادة ١٧٥ مدنى للمتبوع الرجوع على التابع بما أداه من تعويض للغير فى الحدود التى يكون فيها هذا المتبوع مسئولا عن تعويض الضرر.ورغم أن هـذه الاحكام تسرى سواء كان المتبوع شخصا طبيعيا أو اعتباريا ، فان الذى يعنينا هو مسئولية الشخص الاعتبارى الخاص عن أعمال تابعه.ذلك أن الشخص الاعتبـارى الخاص يعد ذمة جماعية تلتزم ،بحكم القانون بأداء التعويض للمضرور من عمل تابعها تحقيقا لمبدأ كفالة التعويض [1] .فاذا كانت الدولة كشخص اعتبارى يسأل عن أعمال تابعيه قد حققت الوجه الآخر لجماعية التعويض، وهو فردية التعويض ، فهل تحقق ذلك فى اطار مسئولية الشخص الاعتبارى الخاص عن أعمال تابعه.

ان الشخص الاعتبارى الخاص ، كذمـة جماعية ، اذ يؤدى التعويض المحكوم به الى المضرور ـ سواء اختصم التابع أو لم يختصم فى دعـوى المسئولية [2] ـ يكون قد حقق مبـدأ كفالة التعويض للمضرور عن طريق

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٣

(٢) نقض مدنى فى ٢٨ مارس ١٩٦٨ (مجموعة احكام النقض المدنى س ١٩ ق ٩٠ ص ٦٤٢) ونقض مدنى فى ٣٠ يناير ١٩٦٩ (مجموعة احكام النقض المدنى س ٢٠ ق ٣٣ ص ١٩٩ .

جماعيـــة التعويض[١] ولكن الوجه الآخر لهـــذه الجماعية ، وهـــو فردية التعويض ، يبدو متخلفا . فهذه الفردية تفترض أن التابع قـــد ارتكب خطأ موصوفا حتى يتقرر حق الرجوع للمتبوع . ولكن التقنين المدنى ـــ سواء فى فرنسا أو فى مصر ـــ يجيز للمتبوع الرجـــوع على تابعه ولو كان خطأ التابع يسيرا ، فهذا الرجوع لا يتقيد بجسامة الخطأ . وفى هذا يبدو الاختلاف بين مسئولية الدولة ومسئولية الشخص الاعتبارى الخاص ، وبين النظرية والتطبيق فى صدد ربط فردية التعويض بجسامة الخطأ .

٢٦٦ ـــ لذلك ظهـــرت نواة اتجـــاه فقهى ، تؤيد بعض الاحـــكام الاستثنائية فى القضاء الفرنسى التى تقيد حق رجوع المتبـــوع على تابعه بحالة الغش أو الخطأ الجسيم من التابع[٢] ، باعتبار أن المتبوع اذ يفيد من عمـــل التابع ، وأن هذا التابع لم يرتكب الخطأ الا فى خدمة المتبوع ولتحقيق منفعة له ، فوجب اذن أن يتحمل المتبوع نتائج هذا الخطأ حتى يتمكن التابع من أداء وظيفته دون خوف من تبعات المسئولية ، وكثمن لما يجنيه من عمـــل التابع . وذلك فى حالة الخطأ اليسير . أما اذا كان الخطأ جسيما أو عمدا فان فردية التعويض تتدخل ـــ كمقابل لجماعية التعويض ـــ فيتقرر حق الرجوع للشخص الاعتبارى الخاص على تابعه بما أداه من تعويض نتج عن الخطأ الموصوف من جانب التابع .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٣

(٢) مازووتنك : المسئولية المدنية جـ ١ فقرة ٩٢٧ ـ فينى : انهيار المسئولية الفردية ١٩٦٤ فقرة ١٢٨ ص ١١٨ والاحـــكام المشار اليهـــا فى هامش ١١ ص ١١٩ ـــ بيكارد : تعليق فى المجلة العامة للتأمين البرى ١٩٣٠ ص ٥٧٨

المبحث الثانى

مدى رجوع الذمة الجماعية على المسئول المذنب

٢٦٧ - يثير مبدأ فردية التعويض التساؤل عن مدى التعويض الذى يجب أن يتحمل به المسئول بسبب جسامة خطئه بدلا من الذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض الذى تدخل فى علاقة المسئولية لاداء التعويض للمضرور .

فقد يتصور أن يتقرر للذمة الجماعية أو النظام الجماعي للتعويض حق الرجوع على المسئول بالتعويض الكامل برمته أيا ما كان نوع الخطأ الموصوف غشا كان أو خطأ جسيما . وقد يتصور أن يقتصر حق الرجوع على ذلك الشق من التعويض الذى يحمل صفة الردع أى بالفرق بين التعويض العادل والتعويض الرادع . وأخيرا يمكن تصور المفارقة فى مدى الرجوع على المسئول حسب درجة الخطأ ، بتقرير الرجوع الكامل فى حالة الخطأ العمد والرجوع الجزئى بالفرق بين التعويض العادل والتعويض الرادع فى حالة الخطأ الجسيم .

فاذا رجعنا الى الواقع القائم نجد أن المشرع لم يستقر على قاعدة واحدة فى هذا الشأن .

ففى التأمين من المسئولية يتحمل المسئول المؤمن له بالتعويض الكامل برمته اذا كان خطؤه عمدا . أما اذا كان الخطأ جسيما فان المؤمن هو الذى

يتحمل بالتعويض الكامل ولو كان التعويض الكامل لم يستحق الا بسبب جسامة الخطأ من جانب المسئول . فالمؤمن يتحمل هنا بالتعويض الرادع الناشيء عن الخطأ الجسيم .

وفى التزام التأمينات الاجتماعية بتعويض اصابة العمل ، لاتلتزم الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية الا بالتعويض الجزافى أيا ماكانت درجة جسامة الخطأ . ويلتزم رب العمل بالفرق بين التعويض الجزافى والتعويض الكامل فى حالة الخطأ العمد والخطأ الجسيم . بينما يلتزم الغير محدث الاصابة بالفرق بين التعويض الجزافى والتعويض الكامل أيا ما كانت درجة جسامة الخطأ المنسوب اليه .

وفى مسئولية الدولة عن أعمال تابعيها ، يلتزم التابع فى حالة الخطأ الشخصى — وهو ما يعادل الخطأ الموصوف — بالتعويض الكامل برمته . اذ حق الرجوع المقرر للدولة فى هذا الصدد هو تطبيق للقواعد العامة لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه .

وفى مسئولية الشخص الاعتبارى الخاص عن أعمال تابعه يتقرر حق الرجوع أيا ما كانت درجة جسامة الخطأ وبالتعويض برمته عادلا كان أو كاملا .

٢٦٨ — فاذا كان هذا هو الوضع القائم بما يكتنفه من خلاف لا يستند الى قاعدة . فما هى القاعدة الواجب اتباعها وما هى مبررات هذه القاعدة ؟

نعتقد أن القاعدة واجبة الاتباع فى هذا الشأن هى اطلاق حق الرجوع للذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض على المسئول الذى ارتكب غشا أو خطأ عمدا بالتعويض الكامل برمته ، مع تقييد هذا الحق فى حالة الخطأ

الجسيم بذلك انشق من التعويض الناتج عن جسامة الخطأ أى بالفرق بين التعويض العادل والتعويض الكامل .

ففى التأمين من المسئولية يلتزم المؤمن بأداء التعويض للمضرور أيا ما كانت درجة جسامة الخطأ . ثم يرجع المؤمن على المؤمن له بالتعويض الكامل برمته فى حالة الخطأ العمد ، بينما لايرجع عليه فى حالة الخطأ الجسيم الا بالفرق بين التعويض العادل والتعويض الكامل[1] .

وفى التأمينات الاجتماعية تلتزم الهيئة بأداء التعويض للمصاب أيا ماكانت درجة الخطأ الذى سبب الاصابة ، مع الرجوع على رب العمل أو الغير بالتعويض الكامل برمته فى حالة الخطأ العمد وبالفرق بين التعويض الجزافى والتعويض الكامل فى حالة الخطأ الجسيم .

وفى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، يؤدى المتبوع التعويض الى المضرور أيا ماكانت درجة جسامة الخطأ مع رجوع المتبوع — سواء كان شخصا اعتباريا عاما أو خاصا — على التابع بالتعويض الكامل برمته فى حالة الخطأ العمد من التابع وبالفرق بين التعويض العادل والتعويض الكامل فى حالة الخطأ الجسيم .

٢٦٩ — هذه القاعدة تجد تبريرها فى أن الخطأ العمد من جانب

(١) وهذا ما اخذ به التقنين السويسرى للتأمين الصادر فى ٢ ابريل ١٩٠٨ حيث يحرم فى المادة ١٤ التأمين من نتائج الخطأ العمد ، اما فى حالة الخطأ الجسيم فيجوز للمؤمن ان ينقص من التزاماته بما يتناسب مع جسامة الخطأ .

المسئول يمثل أقصى درجات الخطأ جسامة ، فيجب اذن أن يعامل بأشد ردع ممكن وهو ما لايكون الا بالزام المسئول بالتعويض الكامل برمته . ومن ناحية أخرى فان الغش أو الخطأ العمد يجعل تحقق المسئولية اراديا أى معلقا بمحض ارادة المسئول ، فاذا هو اختار تحقيق مسئوليته عن عمد وارادة ، بل واضرارا بالغير ، فيجب أن يتحمل اذن بالتعويض الكامل ، دون أن يقبل منه الاحتجاج بضرورة مساهمة الذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض معه فى شق من التعويض نظير ما جناه هذا النظام من أقساط تأمين أو اشتراكات التأمينات الاجتماعيـة أو المنفعة التى يقدمها التابع فى خدمة المتبوع . فارادة الاضرار بالغير تلغى أى مزايا يمكن أن يتمسك بها المسئول .

أما الخطأ الجسيم فانه يقل فى جسامته عن الغش من حيث مدى الذنب الاخلاقى الذى ينطوى عليه اذ هو لاينطوى على قصد الاضرار بالغير . ومن ناحية أخرى فان الخطأ الجسيم لايجعل تحقق المسئولية متوقفا على محض ارادة المسئول ، بل أن هناك دائما احتمال لوقوع الضرر أو عدم وقوعه . ففى هذه الحالة يأخذ مبدأ فردية التعويض وضعه الطبيعى حيث يظل التزام الذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض قاصرا على التعويض العادل وهو ما يحقق الوظيفة الاصلاحية التى تدخلت الذمة الجماعية أو النظام الجماعى لتحقيقها . أما أى زيادة فى التعويض تتعلق بالوظيفة الرادعة فانها تنصرف الى المسئول ، اذ الردع لايوجه الى هذه الذمة الجماعية التى يقتصر تدخلها فى علاقة المسئولية على القيام بالوظيفة الاصلاحية .

وثمة مبرر آخر يدعو الى ابقاء التزام الذمة الجماعية أو النظام الجماعى التعويض قائما بالتعويض الاصلاحى فى حالة الخطأ الجسيم ، ذلك أن الذمة

الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض لاتلتزم بالتعويض الا فى مقابل معين، كأقساط التأمين أو اشتراكات التأمينات الاجتماعية أو مايجنيه المتبوع من فائدة من عمل التابع فى خدمته . فلايجب أن تثرى الذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض بسبب جسامة خطأ المسئول ، بل يكفيها أن تتنصل من أى التزام ناتج عن جسامة الخطأ ، دون ذلك الشق من التعويض الذى تلتزم به أصلا .

خاتمـــة

٢٧٠ ــ تركزت مشكلة التعويض اليوم فى عدم التطابق بين المبادىء التقليدية الثابتة وبين الواقع القائم. فقد ظل الفقــه على اخلاصه لمبــادىء التعويض التى أرسيت فى ظل الوظيفة الواحدة للتعويض وهى وظيفة جبر الضرر ، رغم أن التشريع والقضاء عرف للتعويض على مدى قرن من الزمان، وظيفة أخرى رادعة. هذا الازدواج فى وظيفة التعويض نتج عن تغير وضع المسئولية المدنية من المسئولية الاخلاقية .

فعند ارساء قواعد المسئولية المدنية بالتقنين المدنى الفرنسى لعام ١٨٠٤ كان تأثير فقه القانون الفرنسى القــديم مازال سائدا ، فالمسئولية لا تقوم الا باثبات الخطأ ، والخطأ هو انحراف فى السلوك يمثل اعتداء على قواعد الاخلاق ، والتعويض هو جزاء هذا الانحراف ، ولأن هذا الجزاء لايعرف الا وظيفة واحدة هى جبر الضرر ، فان التعويض دائما هو التعويض الكامل، ولاعبرة بجسامة الخطأ فى تقدير التعويض لأن هذا مما يتنافر مع تلك الوظيفة. وأخيرا فان المسئول هو وحده الملتزم بالتعويض تجاه المضرور لأن هــذا جزاء خطئه الملوم الذى لايتحمل به غيره .

فثمة اذن قواعد أربعة تقليدية أملتها الوظيفة المنفردة للتعويض وهى أن الضرر لايكــون محلا للتعــويض الا اذا كان ناتجا عن انحراف ملوم فى السلوك ، وأن جبر الضرر لايكون الا بالتعويض الــكامل، وأنه لا تأثير لجسامة الخطأ فى تقدير التعويض ، وأخيرا الفردية فى علاقة المسئولية .

٢٧١ ــ هــذه المبادىء تبدو فى ظاهرها متفقة مع قواعد الاخــلاق ومحققة للحماية الكاملة للمضرور ، ومتمشية مع الهــدف من تقرير قواعد

المسئولية المدنية . فالمسئول كانت لديه الحرية للاختيار بين الخير والشر فاختار طريق الاضرار بالغير . فعمله ملوم اذن من الناحية الاخلاقية . وهو لايلتزم بالتعويض عما يحدثه من أضرار الا باثبات هذا الانحراف الملوم فى مسلكه فهذا هو مظهر الحرية الفردية : وهو اذ يعد مخطئا خطأ ملوما من الناحية الاخلاقية يجب عليه أن يتحمل بكل نتائج خطئه : فيعوض المضرور، البرىء من كل تبعة ، بتعويض كامل . وليس يعنينا بحث درجة جسامة الخطأ لأن الخطأ فى مجموعه يدخل فى دائرة الاعتداء على قواعد الاخلاق من ناحية، ولأن المضرور برىء وأجنبى عن الخطأ فلا يضار من درجة الخطأ من ناحية أخرى . هذا فضلا عن أن جسامة الخطأ تتعلق بالردع وهى فكرة غريبة عن الوظيفة الوحيدة التى يعرفها التعويض وهى جبر الضرر . والامر لا يحتاج أخيرا الى تدخل الكيان الاجتماعى أو تدخل ذمة أخرى فى علاقة المسئولية، فهذا خطأ المسئول وهو وحده الذى يجب أن يتحمل جزاءه دون أن نسمح له بالقاء تبعة عمله على الغير .

٢٧٢ — هذه المبادىء الجذابة كانت تتفق والعصر الذى أرسيت فيه قواعد المسئولية المدنية بالتقنين المدنى الفرنسى لعام ١٨٠٤ . فهذه القواعد، التى وضعت تحت تأثير الفقه الكنسى وفقه القانون الفرنسى القديم، كانت تخاطب مجتمعا زراعيا لم يعرف الآلة ولا وسائل النقل الحديثة ولا هذه المخاطر الضخمة التى يتعرض لها الانسان اليوم . فقد كان أمرا يسيرا أن يتحكم الانسان فى سلوكه وأن يتحاشى الاضرار بالغير . فاذا وقع الضرر كان من السهل اثبات الخطأ . واذا قام الخطأ فهو حتما دليل استهانة بالحيطة اللازمة . والضرر عادة ما يكون بسيطا يمكن للمسئول أن يتحمله وحده دون حاجة الى تدخل ذمة أخرى ، كما أن المضرور ليس بحاجة الى هذه الذمة الاخرى لضمان حقه فى التعويض .

٢٧٣ - لكن التطور الصناعى الكبير والتقدم الهام فى كل وسائل الحياة الحديثة أظهر قصور هـذه القواعد عن تحقيق أهداف المسئوليـة المدنية فى حماية المضرورين ومنع الاخطاء. لذلك فقد اضطر القضاء، بمعاونة التشريع فى كثير من الاحيـان، الى الاخذ باتجاهات جـديدة، لم يصل التطور الى تسميتها، وان كانت قد اكتسبت لها مقـومات المبدأ فى الكثير منهـا.

فقد تحول القضاء والتشريع عن مبدأ عدم الالتزام بالتعويض الا باثبات انحراف ملوم فى السلوك فى جانب المسئول الى مبـدأ كفالة التعويض، بالسعى وراء تقرير التعويض لكل مضرور قدر الاستطاعة، وذلك عن طريق التوسع فى مضمون الخطأ وتطويره الى فكرة اجتماعيـة بعد أن كان فكرة أخلاقية، وافتراض الخطأ، وقيام المسئولية بغير خطأ.

وبعد أن كانت علاقة المسئولية تنحصر فى المسئـول والمضرور، عرفت هذه العلاقة ذمما جماعية تدخل لضمان حق المضرور فى التعـويض مثـل التأمين والتأمينات الاجتماعية والمتبوع مما يشـير الى التحـول بالالتزام بالتعويض من الفردية الى الجماعية.

والقول بأن جبر الضرر لايكون الا بالتعويض الكامل لايعبر اليوم عن الواقع بسبب الاتجاه نحو عدالة التعويض كضريبة للتوسع فى المسئولية من ناحية وبسبب تدخل النظرة الاجتماعية فى معنى جبر الضرر من ناحية أخرى، وقد تحقق ذلك بالطرق القانونية، كتحـديد المسئولية أو التعويضـات الجزافية، وبالطريق الاتفاقى فى صورة الشرط الجزائى، وبالطريق القضائى باتباع معايير العدالة أو معايير التخفيف.

وبذلك اكتسبت وظيفة جبر الضرر مفهوما جديدا فى العصر الحديث عن

طريق كفالة التعويض وعدالة التعويض ، هو المفهوم الاجتماعي ، سواء في قياس الفعل الذي يوجب الالتزام بالتعويض أو في الوفاء بالتعويض للمضرور أو في مدى التعويض الذي يقتضيه هذا المضرور . فالنظرة الاجتماعية الى المضرور هي التي أملت هذين المبدأين بعيدا عن النظرة الاخلاقية .

٢٧٤ — ولكن صبغ المسئولية المدنية بالصبغة الاجتماعية البحتة كان من شأنه أن يتهدد القاعدة الاخلاقية : فكان بديهيا أن تأتي حماية القاعدة الاخلاقية عن طريق أساس المسئولية وجزائها . فحيث ينسب الى المسئول انحراف ملوم حقا من الناحية الاخلاقية فهذا ما يقتضي ردعا حقيقيا . عندئذ سعى القضاء والتشريع الى البحث في درجة جسامة الخطأ مع الاهتمام بتحديد الخطأ العمد والخطأ الذي لا يغتفر والخطأ الجسيم وترتيب آثار قانونية عليها في الجزاء أي في مدى التعويض الذي يلتزم به المسئول . وفي سبيل ذلك تخلى المشرع والقضاء عن مبدأ عدم الاعتداد بجسامة الخطأ في تقدير التعويض الى مبدأ شخصية التعويض ، حيث جسامة الخطأ تؤدي الى التشدد في التعويض . وفي هذا الصدد نبذ القضاء والتشريع مذهب العقوبة الخاصة فيما ترمي اليه من تجاوز التعويض الكامل ، التزاما بقواعد الاخلاق التي تحظر تقاضي ثمن الخطأ بعيدا عن أي ضرر ، واكتفى في تحقيق الردع في حالة الخطأ الموصوف بالانتقال بالتعويض من التعويض العادل الى التعويض الكامل .

واذ يتناول الردع المسئول في ذمته دون أي ذمة أخرى تكون قد تدخلت في علاقة المسئولية لتتحمل عنه بجبر الضرر لدى المضرور ، فان ذلك اقتضى الاخذ بمبدأ فردية التعويض في حالة الخطأ الموصوف حيث المسئول وحده هو الذي يتحمل بنتائج خطئه .

٢٧٥ — من هـذه المبادىء الجديدة يتبين وجه الاختلاف بين وضع

المسئولية المدنية من المسئولية الاخلاقية عن الوضع الذى كان سائدا من قبل ، فبعد أن كانت المسئولية المدنيـة ما هى الا ذلك الشق من المسئولية الاخلاقية الذى يقرر له القانون جزاء ، أصبحت المسئولية ذات وجهين أدى اليهما ازدواج وظيفة هذه المسئولية : وجه اجتمـاعى ينظر الى المضرور من حيث تسهيـل حصـوله على التعـويض ومـن حيث مـدى التعـويض ؛ ووجـه أخلاقى ينظر الى المسئـول من حيث تقـدير مدى جسامة خطئه والزامه فى ذمته بنتائج عمله ٠ وبينما هذا الشق الاجتماعى من المسئولية قد تخلى عن المبادىء العتيقة للمسئوليـة التى ارتبطت بالقاعـدة الاخلاقية دون تمييز ، فان هـذه المبادىء ظلت ملازمة لهذا الشق الثانى الاخلاقى من حيث اثبات جسامة الخطأ ، والاعتداد بما ينطوى عليه الخطأ من اعتداء على قواعد الاخلاق ، والالتزام بالتعويض الـكامل ، واعتبار التعويض جزاء على الخطأ يلتزم به المسئول وحده فى ذمته ٠

٢٧٦ ــ ولنا الآن أن نتساءل عما اذا كان التقنين المـدنى المصرى ، الذى وضع بعد ما يقرب من قرن ونصف من التقنين المدنى الفرنسى ، قـد لحظ هذه التطورات وأفاد منها ، مما يمكن معه القول بأن التقنين المصرى عرف الوظيفة المزدوجة للتعويض ؟

حقيقة الامر أن التقنين المدنى المصرى عرف الوظيفة المزدوجة للتعويض وأخذ بأسباب بلوغها ولكنه تناولها من جزئياتها ولم يعنى بصياغة المبـدأ ذاته بوضوح بسبب محاولته الانسياق وراء صياغة التقنين المدنى الفرنسى ٠ وقد ترتب على ذلك أن جاءت هذه الوظيفة المزدوجة للتعويض فى التشريع المصرى مشوبة فى أجزاء منها بما يشوب كل تطور طويل الامد يتقرر فيـه المبدأ فى نهاية التطور وليس فى بدايته ٠

فقد عرف التشريع المصرى مبدأ كفالة التعويض من خلال اقراره لنظرية

الخطأ المفترض فى المسئولية عن حراسة الاشياء و حيوان والبناء وفى الاخذ بنظرية التبعة فى مسئولية رب العمل عن اصابة العمل . واقراره لمسئولية عديم التمييز والمسئولية فى حالة الضرورة وفى حالة تجوز حدود الدفاع الشرعى وفى اقراره لنظرية التعسف فى استعمال حق ؛ وفيما ساندته به القضاء من التوسع فى فكرة الخطأ وفى الاخذ بالالتزام بالسلامة فى عقد نقل الركاب .

وفى اطار هذا المبدأ تحققت أيضا جماعية التعويض فى التشريع المصرى عن طريق نظام التأمين الاختيارى والاجبارى ، وتعميم التأمينات الاجتماعية ومسئولية الدولة عن أعمال تابعيها ومسئولية شركات القطاع العام هى الاخرى عن أعمال تابعيها .

كما عرف التشريع المصرى أيضا مبدأ عدالة التعويض بالوسائل القانونية فى صورة التعويض الجزافى فى اصابات عمل والفوائد التأخيرية وبالوسيلة الاتفاقية فى صورة الشرط الجزائى وبالوسائل القضائية فى صورة الاخذ بمعايير التخفيف التشريعية والقضائية عند تقدير التعويض .

وفى مقابل ذلك أخذ المشرع بالوظيفة الرادعة للتعويض عن طريق مبدأ شخصية التعويض فى صورة الاعتداد بالخطأ العمد والخطأ الجسيم والمساواة بينهما ، كقاعدة عامة ، عند تقدير التعويض ، واحلال التعويض الكامل محل التعويض العادل فى كل مرة ينسب فيها الى المسئول خطأ عمد أو خطأ جسيم . وقد أقر التشريع المصرى هذا المبدأ تشريعيا فى المادة ١٧٠ مدنى تحت لفظ الظروف الملابسة .

ولم يتجاهل المشرع المصرى أيضا مبدأ فردية التعويض حيث التأمين أو التأمينات الاجتماعية أو الدولة ، كنظم جماعية أو أنظمة جماعية للتعويض

لاتتحمل بالتعويض الا فى حالة الخطأ اليسير . أما جسامة الخطأ فتؤدى الى تحمل المسئول الفرد بعبء التعويض فى ذمته الخاصة .

٢٧٧ — ومع ذلك فان هناك اختلافا بين النظرية والتطبيق فى التشريع المصرى . فالوظيفة المزدوجة للتعويض تتطلب ترابطا كاملا فى معالجة مختلف الفروض المتعلقة بالوظيفة الاصلاحية وبالوظيفة الرادعة . ذلك أن كلا من الوظيفتين ترتبطان ببعضهما ويترتب كل مبدأ من هذه المبادىء الاربعة التى قلنا بها على المبادىء الثلاثة الاخرى .

فمتى تم لنا اذن الكشف عن الوظيفة المزدوجة وهذه المبادىء التى تتحقق عن طريقها ، وتم لنا معرفة الهيكل النظرى لهذه الوظيفة المزدوجة للتعويض ، فانه يمكن الاشارة الى المواضع التى تقتضى تدخلا تشريعيا يكفل لها التناسق مع المبدأ العام الذى يحكم بقية التطبيقات ويتفق مع مايهدف اليه التشريع والقضاء من هذا التطوير لقواعد المسئولية المدنية .

ففى سبيل تأكيد مبدأ كفالة التعويض يجب عدم التقيد بربط الالتزام بالتعويض بفكرة الخطأ ، بل يجب الاعتداد بالواقع بالنص على أن كل فعل يمثل انحرافا ضارا غير مألوف فى المجتمع يستوجب التعويض ، وهو ما لن يعدو تقنينا للقضاء وتجميعا للنصوص المتفرقة بشأن الخطأ المفترض وحالات المسئولية بغير خطأ .

وفى سبيل تأكيد جماعية التعويض يجب التوسع فى نظام التأمين الاجبارى من المسئولية ليشمل كل أوجه النشاط الخطر فى المجتمع . تمشيا مع ذلك التوسع فى نظام التأمينات الاجتماعية الذى يرمى الى التطور نحو شمول كل الطبقة العاملة فى المجتمع .

وفى سبيل تأكيد عدالة التعويض فى حالة الخطأ اليسير وشخصية التعويض فى حالة الغش والخطأ الجسيم فليس هناك مايمنع التقنين المصرى من اتباع ماسبقته اليه تقنينات أخرى حديثة أشار اليها فى أعماله التحضيرية نصت على وجوب مراعاة عدالة التعويض فى حالة الخطأ اليسير ، وهى التقنين السويسرى والبولونى والتونسى والمراكشى التى نصت صراحة على أنه يتعين على المحكمة أن تغاير فى مدى التعويض تبعا لما اذا كان أساس المسئولية هو الخطأ اليسير من المدين أو التدليس والخطأ الجسيم.

وفى هذا الصدد يجب اعادة النظر فى نظام التهديد المالى الذى كان يجد تبريره فى ظل التشريع الفرنسى الذى لايعرف الا الوظيفة الواحدة للتعويض مع الغاء أى نص يوحى بأن المشرع يسمح بخلق عقوبة خاصة تجاوز التعويض الكامل ، حيث شخصية التعويض أو التعويض الرادع تقترن بالتعويض الكامل فتغنى عن مثل هذا الاستثناء التشريعى .

وفى سبيل تحقيق فردية التعويض يجب أن تكون خطة المشرع واحدة من حيث درجة الخطأ الذى يوجب فردية التعويض ومدى التعويض الذى ترجع به الذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض على الفرد المسئول. وفى هذا الصدد يجب النص على أن الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم لايمنع الذمة الجماعية أو النظام الجماعى للتعويض من أداء التعويض للمضرور مع الرجوع على المسئول بالتعويض الكامل فى حالة الخطأ العمد وبالفرق بين التعويض العادل والتعويض الكامل فى حالة الخطأ الجسيم ، ومنع هذا الرجوع فى حالة الخطأ اليسير .

المراجـــع

اولا ـ باللغـة العربيـــة

أ ـ فى الشريعـة الاسلامية :

ابى محمد بن غانم محمد البغدادى : مجمع الضمانات فى مذهب أبى حنيفة النعمان ، ١٣٠٨ هـ (المطبعة الخيرية)

ابن ادريس : كشاف القناع على متن الاقناع ، ١٣١٩ هـ (المطبعة الشرفية)

ابن قدامه : المغنى · الطبعة الثانية ١٣٤٧ هـ (مطبعة المنار)

احمد محمد ابراهيم : القصاص فى الشريعة الاسلامية ، رسالة من القاهرة ١٩٤٤

الحطاب : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ١٣٢٩ هـ (مطبعة السعادة)

الدردير : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، ١٢٩٥ هـ

الرملى : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ١٢٩٢ هـ (المطبعة الاميرية)

الزيلعى : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ١٣١٥ هـ (المطبعة الاميرية)

السرخسى : المبسوط ، ١٣٢٤ هـ (مطبعة السعادة)

الكاسانى : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، ١٣٢٧ هـ (مطبعة الجمالية)

عبد الرزاق السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، ١٩٦٧

على صادق أبو هيف : الدية فى الشريعة الاسلامية ، رسالة من القاهرة ١٩٣٢

قاضى زاده : نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار ، تكملة فتح القدير لابن الهمام ، ١٣٥٥ هـ (المطبعة التجارية)

محمد علاء الدين الحصفكى : شرح الدر المختار

ب - مؤلفات فى القانون المصرى :

أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد : مصادر الالتزام . الطبعة الثانية ١٩٥٤

إسماعيل غانم : فى النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول : مصادر الالتزام ١٩٦٨ ، الجزء الثانى ، أحكام الالتزام والاثبات ، ١٩٦٧

السعيد مصطفى السعيد : الاحكام العامة فى قانون العقوبات ، الطبعة الرابعة ١٩٦٢

أنور سلطان : الموجز فى النظرية العامة للالتزام . الجزء الاول : مصادر الالتزام ١٩٦٤

جلال العدوى : الاجبار القانونى على المعاوضة ، رسالة من الاسكندرية ١٩٦٠

حسن عكوش : المسئولية العقدية والتقصيرية ، الطبعة الثانية ١٩٧٠

حسن كيره : - الحقوق العينية الاصلية ١٩٥٦

- المدخل الى القانون ١٩٧٠

حسين عامر : - المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ١٩٥٦

- التعسف فى استعمال الحقوق والغاء العقود ١٩٦٠

حلمى مراد : قانون العمل وقانون التأمينات الاجتماعية ١٩٦٠

رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى ، الطبعة الثانية ١٩٦٨

سليمان مرقس : - شرح القانون المدنى . الالتزامات . ١٩٦٤

- نظرية دفع المسئولية المدنية . رسالة من القاهرة ١٩٣٦

- الفعل الضار ، الطبعة الثانية ١٩٥٦

- المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ١٩٧١

سمير عبد السيد تناغو : نظرية التأمينات الاجتماعية ١٩٧٠

شمس الدين الوكيل : النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٣

عبد الحى حجازى : ـ النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ١٩٦٧
ـ التأمين ١٩٥٨

عبد الرحمن سليم : شروط الاعفاء من المسئولية طبقا لمعاهدة سندات الشحن ، رسالة من الاسكندرية ١٩٥٦

عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، عشرة أجزاء ١٩٥٢ ــ ١٩٧٠

عبد المنعم البدراوى : ـ أثر مضى المدة فى الالتزام ، رسالة من القاهرة ١٩٥٠
ـ العقود المسماة ، الايجار والتأمين ١٩٦١

عبد المنعم فرج الصده : ـ مصادر الالتزام ١٩٥٨
ـ حق الملكية ، طبعة ثانية ١٩٦٤

على حسن يونس : أصول القانون البحرى ١٩٦٧

عمر ممدوح مصطفى : ـ القانون الرومانى ، الطبعة الخامسة ١٩٦٦
ـ أصول تاريخ القانون ، طبعة ثانية ١٩٥٢

محمد الشيخ عمر : مسئولية المتبوع ، رسالة من القاهرة ١٩٧٠

محمد على عرفه : ـ التأمين والعقود الصغيرة ، طبعة ثانية ١٩٥٠
ـ حق الملكية ١٩٥٠

محمد لبيب شنب : المسئولية عن الاشياء ، رسالة من القاهرة ١٩٥٧

محمود جمال الدين زكى : دروس فى التأمين ، الجزء الأول ، ١٩٥٧

مصطفى كمال طه : الوجيز فى القانون البحرى ١٩٧١

مصطفى كمال وصفى : المسئولية المدنية لاعضاء مجلس الادارة فى الشركات المساهمة ١٩٦٥

مصطفى مرعى : المسئولية المدنية فى القانون المصرى ١٩٤٤

منصور مصطفى منصور : حق الملكية فى القانون المصرى ١٩٦٥

جـ – مقالات وبحوث :

احمد رفعت خفاجى : الخطأ المهنى الجسيم ، مجلة المحاماة ، العدد الاول السنة ٣٩ صحيفة ٨٨ وما بعدها

ادوارد غالى الدهبى : تضامن المسئولين عن العمل الضار فى التزامهم بالتعويض ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة التاسعة ، العدد الرابع ، ص ٣٢ وما بعدها

انور سلطان : نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٧ ص ٧١ ومابعدها

بشرى جندى : – تحمل التبعة فى المسئولية غير العقدية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة ١٣ العدد ٣ ص ٥٢١ ومابعدها

– خصائص مسئولية المدين العقدية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة ١٤ ، العددالاول صحيفة ٥ وما بعدها

حسن كيره وسمير تناغو : مسئولية الناقل الجوى ، مجلة الحقوق ، السنة الثامنة العدد ١و٢ صحيفة ١ – ٦٢

سعاد الشرقاوى : آفاق جديدة أمام المسئولية الادارية والمسئولية المدنية ، مجلة العلوم الادارية ، السنة ١١ ، العدد الثانى ، ص٢٠٩ ومابعدها

على جمال الدين عوض : التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى طبقا لمعاهدة بروكسل ، مجلة المحاماة ، السنة ٣٥ ، العدد ٧ ص١٤١٣ وما بعدها

على منصور : الخطوط العامة للجرائم غير العمدية ، مجلة المحاماة ، السنة ٤٨ ، العدد الرابع ، ص ٥٢ ومابعدها

محمد عصفور : جرائم الاهمال ومشكلة الحدود الفاصلة بين التجريم والتعويض والتأديب ، مجلة المحاماة ، السنة ٥٠ ، العدد الاول ، ص ١٧ وما بعدها

محمد كامل امين ملش : اختفاء البضائع المرسلة بحرا ، مجلة المحاماة ، السنة ٥٠ ، العدد ١١ ، ص ٩٣ وما بعدها

محمود جمال الدين زكى : اتفاقات المسئولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٣٠ ، العدد ٣ ص ٥٢١

ثانيا : باللغة الفرنسية

A — OUVRAGES ET THESES

AKTHAM EL-KHOLY : La réparation en nature en droit français et en droit égyptien, thése. Paris, 1954, Imp. Université du Caire, 1957.

AUBRY et RAU. Cours de droit civil français, 6 éd. par E. Bartine et P. Esmein, 1936 et suppl. t. VI.

BATIFFOL (H) : Traité élémentaire de droit international privé, 3 éd., 1959.

BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE : Traité théorique et pratique de droit civil. Obligations, vol. XII à XV, 3 éd.. 1906-1908.

BURHAM, ATTALLAH : Le droit de la victime et son action directe contre l'assureur de responsabilité obligatoire des accidents des automobiles, thèse, Paris 1967.

CARBONNIER (J.) : Droit civil, t. 4, les obligations 1969.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.) : Traité de droit civil par Julliot de la Morandière, t. II, 1959.

CONSTANTINSCO (LEONTIN-JEAN) : Inexécution et faute contractuelle en droit comparé, thèse, Sarre, 1956, ré. éd. 1959.

DABIN (J.) : — La philosophie de l'ordre juridique positif, 1929
— Théorie générale du droit, 2 éd., 1953.

DEJEAN DE LA BATIE : Appréciation in-abstracto et appréciation in-concreto en droit civil français, thèse, Paris, 1965

DEL VECCHIO (G.) : Philosophie du droit, Traduction d'aynac J. A., Paris 1953.

DEMOGUE (R.) : — De la réparation civile des délits, 1898.
— Traitè des obligations en général, 1923.

DE PAGE (H.) : Traité élémentaire de droit civil belge, t. 2, 3 éd., 1964.

DU PASQUIER (C.) : Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Genève, 1948.

DUPICHOT (JACQUES) : Des préjudices réfléchis nés de l'attiente à la vie ou à l'intégrité personnelle, thèse, Paris, 1968.

DURKHEIM (EMILE) : De la devision du travail social, trad. anglaise, 1949.

EL-EHAWANY (HOSAM KAMEL) : Les dommages résultant des accidents corporels, étude comparée en droit français, anglais et égyptien, thèse, Paris, 1968.

FABIO KONDER COMPARATO : Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, thèse, Paris, 1964.

FAUCONNET (PAUL) : La responsabilité, étude de sociologie, Paris 1920.

GASTON MAY : Eléments de droit romain, 1920.

GENY : — Science et technique en droit privé positif. 4 vol., 1914-1924.

GIFFARD (A-E) : Droit romain et ancien droit français, coll. Robert Villers, 2 éd. 1967.

GIRARD (P.) : Manuel élémentaire de droit romain, 1929.

HEMARD (J.) : Les sanctions pénales en droit privée, 1946.

HUBERT (F.) : Socialisation des risques et responsabilité individuelle, thèse, Paris 1947.

HUGUENEY (L.) : L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse, Dijon, 1904.

IHERING : — Esprit de droit romain, traduction meulenare.

— De la faute en droit privé, Giessen 1867, traduction meulenare.

— La lutte pour le droit, Vienne, 1872, traduction meulenare.

JACOMET (P.) : Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français, thèse, Paris, 1905.

JOSSERAND (L.) : Cours de droit civil positif français, t., 2, 3 éd., 1938.

— Les transports en service intérieur et en service international. 2 éd., 1926.

LALOU (H.) : Traité pratique de la responsabilité civile. 6 éd., par Azard, 1962

LAURENT (F) Principes de droit civil français, t 20. 3 éd. 1878

LEPOINTE (GABRIEL) Les obligations en ancien droit français, 1958

LEPOINTE et MONIER : Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Paris 1954.

LOCRE : La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. XII et XIII.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) : Droit civil, t. 1, 2, 3, 1962-1967

MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. 1, 6, éd. 1965, t. 2, 5 éd. t. 3, 5 éd. 1965.

MOHAMED NAGUY YACOUT : L'atteinte aux sentiments d'affection dans la responsabilité civile en droit français et en droit égyptien. thèse, AIX, 1968.

MONIER (R.) : Droit romain, 4 éd. 1948.

OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (G.) : Histoire de droit privé 1969.

PICARD (M.) et BESSON (A.) : Traité générale des assurances terrestres en droit français, 4 vol., 1938-1945.

PLANIOL et RIPERT : Traité élémentaire de droit civil, t. II, 3 éd., 1949, 4 éd., 1952, par Boulanger.

PLANIOL et RIPERT : Traité pratique de droit civil français, t. III par Picard, 2 éd. 1952, t. VI par Esmein, 2 éd., 1952, t. VII par Radouant 2 éd. 1954

RABUT (A.) : De la nation de faute en droit privé, these. Paris, 1946, éd. Libr gén de droit et de jurisp. 1949

REGLADE : Valeur sociale et concepts juridiques, normal et technique, 1950.

RIPERT (G.) : — Le régime démocratique et le droit civile moderne, 2 éd. 1948.

— La règle morale dans les obligations civiles, 4 éd., 1949.

— Traité de droit maritime, 4 éd., 1950-1953.

— Aspects juridiques du capitalisme moderne, 1949.

— Les forces créatrices du droit, 1955.

RIPERT (LUCIENNE) : La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse Paris, 1933.

RODIERE (R.) : La responsabilité civile, 1952 (t. IX du cours de droit civil français de Beudant, 2 éd.).

ROUBIER (P.) : Théorie générale du droit, 1946.

SAVATIER (R.) : — Cours de droit civil, t. 2, 2 éd., 1949.

— Traité de la responsabilité civile en droit français, 2 vol., 2 éd. 1951.

— Du droit civil au droit public, 1, éd. 1945.

— Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, première série, 3 éd., 1964.

— La théorie des obligations, 2 éd. 1969.

SCHMIDT (J.) : Faute cifile et faute pénale, thèse, Paris. 1928.

SEGUR (L.) : La notion de faute contractuelle en droit civil français, thèse, Bordeaux, 1954.

SHEHATA (SHAFIC) : Théorie générale d'obligation en jurisprudence islamique, Paris, 1969.

SOURDAT (A.) : Traité générale de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, 6 éd., 1911.

STARCK (B.) : Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée, thèse, Paris, 1947.

VINEY (GENEVIEVE) : Le déclin de la responsabilité individuelle, thèse, Paris, 1964.

VOISENET (PIERRE) : La faute lourde en droit privé français thèse, Dijon, 1934.

WILL (ALEX) : Droit civil, les obligations, 1931.

B. — ARTICLES ET NOTES

BARBIER (PIERRE) : Influence des circonstances atténuant la gravité de la faute sur l'étendue du droit à réparation en matière de responsabilité civile, Semaine juridique, 1947-1-585.

BESSON (ANDRE) : — La notion de déchéance en matière d'assurance, Revue générale des assurances terrestres, 1936, P. 225 et suiv. 473 et suiv.,

— L'interdiction d'assurer les conséquences de la faute inexcusable en matière d'accidents du travail, D. 1947, Chr., P. 65.

BLANC-JOUVAN XAVIER: La responsabilité des enfants, revue trimestrielle de droit civile, 1957, p. 28 et suiv.

CAPITAN (ASSOCIATION HENRI...), Premier Congrès international, 1939, Rapports sur la nécessité d'une faute dans la responsabilité.

CAPITANT : Obligations de voisinage, revue trimestrielle de droit civil 1900 p. 156 et suiv.

DU JUGLART : Note Sirey 1953-2-7517.

ESMEIN (P.) : — Les clauses de non-responsabilité, Revue trimestrielle de droit civil, 1926, P. 313 et suiv.

— Les principes de la responsabilité delectuelle, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1932, p. 458 et suiv.

— Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité delictuelle, Revue trimestrielle de droit civil, 1933, p. 627 et suiv.

— Trois problèmes de responsabilité civile (causalité, concours des responsabilités, conventions d'irresponsabilité), Revue trimestrielle de droit civil, 1934, p. 317 et suiv.

— La faute et sa place dans la responsabilité civile, Revue trimestrielle de droit civil, 1949, p. 481 et suiv.

— La commercialisation du dommage moral, D. 1954. chr. p. 113 et suiv.

— Peine ou réparation, Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Paris 1961, t. II, p. 37 et suiv.

— Note au Sirey 1933-1 289.

FREJAVILLE (M.) : — L'astreinte, D. 1949, chr., p. 1

— La valeur pratique de l'astreinte, Semaine juridique 1951-1-910.

GENY : Note au Sirey 1937-2-3.

GERNET (L.) : Note sur la notion de délit privé en droit grec, Mélanges Henri Levy-Bruhl, 1959.

HEBRAUD et (RAYNAUD) : Note sous civ. 20 octobre 1959, Revue trimestrielle de droit civil, 1959, p. 778.

HOLLEAUX (G.) : Note sous civ. 20 octobre 1959, D. 1959, p. 537.

HUGUENEY (L.) : — L'idée de peine privée en droit contemporain, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1906, p. 416.

— Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle, Le droit privé français au milieu du XXe siècle, études offertes à Georges Ripert, 1950, t. II, p. 249.

— Note au Sirey 1923-1-81.

JAMBU-MERLIN (R.) : Dol et faute lourde, D. 1955, chr. p. 89.

JOSSERAND : — Note, D. 1932-1-50.

— Note, D. P. 1933-1-49.

— Note, D. 1933-1-150.

— La renaissance de faute lourde sous le signe de profession, D. 1939-1-29.

JUGLART (DE MICHEL) : Dol et faute lourde dans le transport aérien international, Semaine juridique, 1952-1-1010.

KAYSAR (P.) : L'astreinte judiciaire et la respnosabilité civile, Revue trimestrielle de droit civil, 1953, p. 209.

LALOU (A.) : — La gamme des fautes. D. H., 1940, chr. p. 1 .

— Note, D. 135-2-1933.

.AVIGNE (P.) : Risque sociale et charges sociales, D. 1948, chr., p. 89 et suiv.

MAZEAUD (H.) : Responsabilité contractuelle, revue trimestrielle de droit civil, 1933, p. 629.

MAZEAUD (L.) : L'assimilation de la faute lourde au dol., D. H. 1933, chr., p. 49 et suiv.

MAX LE ROY : La réparation du préjudice corporel, le problème doctrinal et le problème technique, D. 1958, chr., p. 17.

MIGNON (MAXIME) : La socialisation du risque, D. 1947, chr., p. 37.

PICARD (M.) : Note, Revue générale des assurances terrestres, 1930, p. 578.

PLANIOL (M.) : Etudes sur la responsabilité civile, Revue critique de législation et jurisprudence, 1905, p. 277 et suiv.

RAYNAUD (P.) : La distinction de l'astreinte et les dommages-intérêts dans la jurisprudence française récente, Mélange Roger Secretan, 1964.

RIPERT : — Le prix de la douleur, D. 1948, chr. p. 1.
— Note sous civ. 31 Mai 1949, D. 1950, p. 157
— Note sous civ. 6 Juil. 1954, D. 1955, p. 2

ROBLOT (R.) : De la faute lourde en droit privé français, Revue trimestrielle de droit civil 1943, p. 1 et suiv.

RODIERE (R.) : — Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats, Revue trimestrielle de droit civil, 1954, p. 201 et suiv.
— Note sous civ. 1[illegible] mars 19[illegible] [illegible] 1960-2-277.

ROUAST (A.) : Déchéances protectrices et déchéances répressives dans le droit des successions, Revue trimestrielle de droit civile, 1952, p. 1.

SAILLE DE LA MARNIERRE : La déchéance comme mode d'extinction d'un droit, essai de terminologie juridique, Revue trimestrielle de droit civil, 1933, p. 1037 et suiv.

SAUVAGE (F.) : — La notion de faute lourde dans le contrat de transport maritime ou terrestre, D. H. 1932, chr., p. 25 et suiv.

— La faute lourde et les limitations légales de responsabilité en matière de transport maritime ou terrestre, Gaz. Pal. 1950-2 doctr.. p. 12.

SAVATIER : — Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D. H. 1931, chr., p. 9 et suiv.

— Règles générales de la responsabilité civile, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1934, p. 408 et suiv.

— Le dommage moral et ses conséquences du point de vue de la responsabilité civile, Revue trimestrielle de droit civil, 1938, p. 187 et suiv.

— Le dommage mortel et responsabilité civile, revue trimestrielle de droit civil 1938 p. 207 et suiv.

— L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, p. 729 et suiv.

— Le dommage et la personne, D. 1955, chr. p. 5 et suiv.

— Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité

civile, Mélanges offerts à Macel Laborde-Lacoste, 1963, p. 321 et suiv.

— Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile D.S. 1968.

SCHREIER (FRITZ) : Faute et torte, revue trimestrielle de droit civil, 1943, p. 59 et suiv.

STARCK : — Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, Revue trimestrielle de droit civil, 1958, p. 475 et suiv.

— Les rayons et les ombres d'une esquise de loi sur les accidents de circulation, rev. trim. de dr. civ. 1966, p. 635 et suiv

SUMIEN (P.) : L'évolution de la notion d'accident du travail, D. 1947, chr. p. 9 et suiv.

TUNC (A.) : — Note, Revue trimestrielle de droit civil, 1961, p. 487.

— Note, Revue trimestrielle de droit civil, 1961, p. 676.

— Note, Revue trimestrielle de droit civil, 1962, p. 343.

VU VAN MAU : — La notion de faute lourde du transporteur à travers la jurisprudence, Gaz. Pal. 1953-2-doctr p. 19

— Incidence de la faute lourde sur la responsabilité du transporteur, Gaz. Pal. 1953-2-doctr. p. 23

WALINE (M.) : Nature juridique des pénalités fiscales, Revue de science et de législation financière. 1949, p. 14 et suiv

فهرس

الصفحة

القسم الأول

وظيفة التعويض

الباب الاول

التعويض من الوظيفة العقابية الى الوظيفة الاصلاحية

الفصل الاول

المفهوم العقابي للتعويض فى الشرائع القديمة

الصفحة

المبحث الثالث : مفهوم التعويض فى القانون الفرنسى القديم

الفصل الثانى

المفهوم الاصلاحى للتعويض فى الشريعةالإسلامية والتقنينات الوضعية

المبحث الاول : مفهوم التعويض فى الشريعة الاسلامية

المبحث الثانى : مفهوم التعويض فى التقنينات الوضعية

المطلب الاول : مفهوم التعويض فى التقنين المدنى الفرنسى

الصفحة

الصفحة

المبحث الثانى
تقييم نظرية العقوبة الخاصة

المطلب الاول : الجزاء المدنى ومجال العقوبة الخاصة

المطلب الثانى : الجزاء المدنى وخصائص العقوبة الخاصة

الفصــل الثــانى
نظرية ازدواج أساس المسئولية المدنية

المبحث الاول
مضمون نظرية ازدواج أساس المسئولية المدنية

الصفحة

المبحث الثانى

تقييم نظرية ازدواج أساس المسئولية المدنية

الفصل الثالث

نظرية ازدواج المسئولية المدنية

المبحث الاول

مضمون نظرية ازدواج المسئولية المدنية

المبحث الثانى

تقييم نظرية ازدواج المسئولية المدنية

الصفحة

الفصل الرابع
نحو تاصيل جديد للوظيفة المزدوجة للتعويض

المبحث الاول
وظيفة الاصلاح ووظيفة الردع فى الجزاء المدنى

المبحث الثانى
الوظيفة المزدوجة وخصائص التعويض

المطلب الاول : خصائص التعويض الاصلاحى

المطلب الثانى : خصائص التعويض الرادع

الصفحة

القسم الثانى

تقديـــر التعويض

الباب الاول

التعـويض الاصـلاحى

الفصـــل الاول

كفـــالة التعـويض

المبحث الاول

حمـاية المضرور والوقائع المنشئة للتعويض

المطلب الاول : التوسع فى مضمون فكرة الخطأ

المطلب الثانى : افتراض الخطأ

المطلب الثالث : قيام المسئولية بغير خطأ

الصفحة

الصفحة

المطلب الثانى : التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى والجوى

المبحث الثانى

التعويض الاتفاقى

المبحث الثالث

التقدير القضائى للتعويض

المطلب الاول : المعايير التشريعية لعدالة التعويض القضائى

المطلب الثانى : عوامل التخفيف فى التقدير القضائى للتعويض

الصفحة

الباب الثانى

التعويض الرادع

الفصل الاول
الخطأ والقاعدة الاخلاقية

المبحث الاول
الخطأ المجرد

المطلب الاول : الخطأ الاخلاقى والخطأ القانونى

المطلب الثانى : المعيار الاخلاقى للخطأ

المطلب الثالث : المعيار الاجتماعى للخطا

الصفحة

المبحث الثانى
الخطـــأ الموصـــوف

الفصـــل الثـــانى
شخصية التعـويض

الصفحة

المبحث الاول
زوال التحديد القانونى لمدى التعويض

الصفحة

المبحث الثانى
زوال التعديل الاتفاقى لقواعد التعويض

المطلب الاول : زوال التحديد الاتفاقى للتعويض

المطلب الثانى : زوال التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية العقدية

المبحث الثـالث
التقــدير القضائى للتعويض وجسامة الخطأ

المطلب الاول : اثر جسامة الخطأ فى المسئولية العقدية

المطلب الثانى : اثر جسامة الخطأ فى المسئولية التقصيرية

الصفحة

الصفحة

تصويب الاخطاء المطبعية

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣١	١٢	ان الذى يتاثر	أى الذى يتاثر
٣٥	١٤	pamnum-emergens	damnum-emergens
٧٠	١٩	وطلب الغصب فى شرح الكنز	تحذف
٧٠	٢٣	كتاب معنى المحتاج ، الرملى ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج	كتاب نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى
٧٠	٢٤	كتاب المغنى والشرح الكبير	كتاب المغنى
٧٠	٢٥	كتاب كشاف القناع	كتاب كشاف القناع لابن ادريس
١١٣	٢	qualitative	quantative
١٤١	٣	تقضيه	تقتضيه
٢٣٤	٦	الجماعة	الجماعية
٢٣٨	٣	بعدم حيطته	بعدم حيطه
٢٦١	١٠	ــــــ	يضاف (منصور مصطفى منصور : حق الملكية ١٩٦٥ فقرة ٢٥ ص ٦٢ ــ ٦٤)
٣٠٩	٥	التعويض الاتفاقى	التعويض القضائى
٣٠٩	٧	عدم التمييز	عديم التمييز
٣١٨	٦	رغم ما توصى به	رغم ما توحى به
٣٤٢	٦	واذا وصفته	واذا وصفت
٣٤٧	٨ و ٩	ــــــ	تحذف عبارة (ويمكن ان يكون مسئولا)
٣٥٤	٣	التقنين المدنى	التقنين المدنى الفرنسى
٣٦١	٩	vouoir	vouloir
٣٨٠	٤	الصواب (شخص معتاد ينتمى الى نفس مهنة المسئول ويوجد فى نفس ظروفه)	
٣٩٤	١	بتوقيع الضرر	بتوقع الضرر
٣٩٧	١٨	احتمال الضرر	حدوث الضرر
٣٩٩	٥	اعفائه	اطفائه

(ملحوظة: لم يشمل التصويب الاخطاء الطبعية التى لا تفوت على فطنة القارى)